

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Marcello Caio Ramon e Barros Ferreira

Crítica à inversão do ônus da prova no processo penal: a aplicação da majorante de uso de arma nos crimes de roubo vista à luz do princípio da presunção de inocência.

Brasília - DF

2014

Marcello Caio Ramon e Barros Ferreira

**Crítica à inversão do ônus da prova no processo penal:
a aplicação da majorante de uso de arma nos crimes de
roubo vista à luz do princípio da presunção de inocência.**

Monografia apresentada em conclusão ao curso de graduação de
Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro

Brasília, junho de 2014.

Marcello Caio Ramon e Barros Ferreira

**Crítica à inversão do ônus da prova no processo penal:
a aplicação da majorante de uso de arma nos crimes de
roubo vista à luz do princípio da presunção de inocência.**

Monografia apresentada em conclusão ao curso de graduação de
Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro

Banca Examinadora

Prof. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro (Orientador)

Prof^a. Dr^a. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende
(Membro da Banca)

Prof. Marcelo Turbay Freiria (Membro da Banca)

Prof. Dr. Wilson Roberto Theodoro Filho (Suplente)

Brasília, junho de 2014.

*“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu,
mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre
aquilo que todo mundo vê”.*

Arthur Schopenhauer

*"O poder tende a corromper - e o poder absoluto
corrompe absolutamente"*

Lord Acton

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e por se mostrar um porto seguro dia após dia, nunca me deixando caminhar sozinho;

Aos meus pais, Marcelo e Rosa, meus irmãos, Deborah, Pedro, Marcellinho e Isabelle, e meus amigos, Wagner, meu padrasto e Rose, minha madrastra, por terem caminhado até aqui comigo.

Também a meus avós, tios e tias, primos e primas, sempre tão presentes, companheiros e amigos, em especial o Tio Israel, com quem tive as primeiras discussões sobre Direito, no já longínquo ano de 2009, no primeiro semestre de graduação;

A todos os docentes que tive, especialmente a professora Beatriz Vargas, quem primeiro lecionou para mim direito penal, capitando meu interesse irremediavelmente, aos professores Evandro Piza e Carolina Luíza Sarkis Vieira, que continuaram me mostrando esse universo tão singular do Direito, e ao professor Pedro Ivo, a quem sou muito grato pela orientação na redação deste trabalho;

Aos amigos e amigas que fiz durante todos esses anos de estudos, pelos momentos de alegria e tristeza compartilhados, momentos que me levaram a ser quem sou hoje, principalmente o Felipe Carvalho, pelos vários debates sobre direito penal que tivemos, e a Monna, por ter me ajudado muito na redação deste trabalho;

Àquelas pessoas que fizeram parte da minha vida profissional, cobrando, ensinando, mas, acima de tudo, sendo companheiros no dia-a-dia, especialmente me marcando e sendo exemplos em quem me espelho, das quais eu destaco o Dr. Paulo Henriques, que muito me ajudou, sugerindo o tema desta monografia.

Enfim, a todos que estiveram comigo ao longo desses cinco anos, apoiando durante o curso de Direito na Universidade de Brasília – UnB, fica aqui o meu humilde, porém sincero, “muito obrigado”.

RESUMO

O princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, é cediço mesmo na doutrina tradicional e mesmo no ideário popular, o que é verificado no famoso jargão “*in dubio, pro reo*”. Não obstante, a prática jurídica por vezes vai de encontro a esse princípio, inclusive cortes superiores. Grande exemplo disso é a inversão do ônus da prova no crime de roubo com majorante de uso de arma de fogo, objeto de estudo do presente trabalho, em que o Superior Tribunal de Justiça entende não ser necessária a perícia ou apreensão da arma para configuração da majorante, como no *leading case* EREsp. 961.863/RS. A Constituição claramente não alberga essa inversão; todavia, isso não parece ser empecilho para que ele seja utilizado, tolhendo a garantia constitucional. De outro lado, mesmo a doutrina mais crítica aparenta abordar o problema de maneira insuficiente. Fala-se muito do que está na Constituição e mesmo da evolução e crescente independência do processo penal em relação à teoria geral do processo, mas esquece-se do panorama maior por trás da presunção de inocência: o contexto institucional democrático. Assim, o problema que se busca responder é: por que os tribunais vêm invertendo o ônus da prova, aplicando a majorante de uso de arma no crime de roubo? Será que a resposta dada pela doutrina é suficiente? Se não, por que não é suficiente? Qual seria a resposta adequada? Na perspectiva do presente trabalho, falta ao problema ser abordado como uma questão de lógica – de lógica democrática. É por isso mesmo que se buscará ir mais a fundo, buscando não só na Constituição, mas na própria Democracia, argumentos que legitimem o princípio da não culpabilidade, visando a uma compreensão mais holística do problema, concluindo-se, este estudo, pela incompatibilidade entre tal instituto da inversão e o constitucionalismo democrático.

Palavras-chave: Presunção de inocência; Democracia; Inversão do ônus da prova; Processo penal.

ABSTRACT

The principle of presumption of innocence, developed in the subsection LVII of the article 5 in the Brazilian Federal Constitution, is engrained also in traditional Criminal Law authors' books and thoughts and even in popular belief, which is verified in the celebrated jargon "*in dubio, pro reo*". Nonetheless, legal practices sometimes clashes against this principle, including Superior Courts. A great example of this, is the shift of the burden of proof in the crime of theft with the aggravating circumstance of use of firearm, which will consist in the study object of this paper, in which the Brazilian Superior Court of Justice understands forensics or seizure of the firearm are not paramount for characterizing an aggravating circumstance, as in the judgment of the EREsp. nr. 961.863/RS. The Constitution clearly does not harbor that shift, but that does not seem to be an obstacle impeding its use, hindering constitutional guarantee. On the other hand, even the most critical authors appear to approach the problem in an insufficient manner. Much is said of what the Constitution presents and even of the evolution and growing independence of the Criminal Procedure Law in what concerns the General Theory of Procedural Law, but it is ignored a more encompassing overview of what underlies it and justifies the presumption of innocence is forgotten: the democratic institutional setting. Thus, the problem that must be solved is: why have tribunals been shifting the burden of proof in the crimes of theft with the aggravating circumstance of use of weapon? Is the answer furnished by criminal law authors enough? If not, why is that so? What would be the appropriate answer? In the perspective of this paper, the problem needs to be approached as a matter of logic – democratic logic. This is why we must search deeper, not only in the Constitution, but in democracy itself, arguments that legitimize the principle of innocence, looking at a more holistic comprehension of the matter, concluding, this study, for the incompatibility between that same shift and democratic constitutionalism

Keywords: Presumption of innocence; Democracy; Shift of the burden of proof; Criminal Procedure Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O Princípio da Presunção de Inocência	13
1.1 Considerações iniciais sobre os princípios do processo penal democrático.....	13
1.2 Princípio da presunção de inocência e os princípios correlatos da carga probatória exclusiva do órgão acusatório e do ‘ <i>in dubio, pro reo</i> ’: o ônus da prova no processo penal democrático	16
2. Inversão do ônus da prova na aplicação da majorante do crime de roubo por uso de arma, mesmo quando não apreendido o instrumento do crime	23
2.1 O crime de roubo e a causa de aumento de pena por emprego de arma (art. 157, <i>caput</i> , e § 2º, inciso I, CP)	24
2.1.1 Potencial lesivo no emprego de arma de fogo – as correntes doutrinárias objetiva e subjetiva.....	25
2.1.2 Jurisprudência sobre o potencial lesivo das armas, o cancelamento da Súmula 174 do STJ e as consequências para a inversão do ônus da prova	26
2.2 Necessidade de apreensão da arma e a jurisprudência dos tribunais superiores ...	29
3. Contexto social: possíveis razões para o posicionamento dos tribunais superiores quanto à aplicação da majorante do emprego de arma nos crimes de roubo.....	37
3.1 O direito penal na sociedade como dado: pequeno histórico das punições e o discurso punitivista contemporâneo	37
3.2 Insegurança ontológica e a proliferação do discurso de violação aos direitos fundamentais, que encontra guarida no âmbito de aplicação do direito	39
3.3 Consequências sociais, penais e processuais penais da insegurança ontológica ...	41
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

O ônus da prova no processo penal vem merecendo crescente destaque nas discussões jurídicas, especialmente devido ao maior papel que vêm desempenhando os direitos fundamentais no cenário contemporâneo. No século XXI, a delicada equação “proteção dos direitos individuais x eficiência do aparato repressivo penal”¹ tem sido a tônica no debate acerca dos limites do poder punitivo estatal. Embora não seja uma questão inovadora – na verdade, ela está presente desde os primórdios do direito penal moderno, no século XVIII –, trata-se de um tema delicado, que desperta debates acalorados, suscitando opiniões diametralmente opostas, sobretudo hodiernamente, ante a existência de temáticas tão sensíveis como a criminalidade organizada e a criminalidade hedionda praticada por menores de idade, para ficar nos exemplos mais comumente lembrados.

Assim, pauta-se a seguinte questão: devem ou não ser mantidas as clássicas garantias liberais no âmbito penal e processual penal? E, se de fato devem, em quais casos? Com efeito, a temática adquire singular interesse quando se atenta à relativização das garantias fundamentais perpetrada por diversos tribunais, sob o condão legitimador do princípio da proporcionalidade. Nesse diapasão, um problema que emerge é o da inversão do ônus da prova no processo penal, o qual assume grande importância, por se tratar de um “instituto” que, malgrado confronte o princípio constitucional da presunção de inocência, vem sendo aplicado pelos tribunais superiores, tendo como grande exemplo o reconhecimento da majorante do emprego de arma no crime de roubo, ainda que não seja apreendido o instrumento do crime. Justamente aí recairá a análise do presente trabalho.

A temática, de fato, está presente não só nos debates acadêmicos e doutrinários: perpassa também diversos aspectos práticos e quotidianos da atualidade. Maior exemplo disso talvez esteja estampado no jargão que vem se consagrando, segundo o qual “álibi não provado, réu culpado”². Mas, para se ter uma melhor noção da importância e amplitude do assunto no cenário jurídico dogmático atual, é interessante ver como ele permeia diferentes âmbitos da práxis jurídica *lato sensu*, isto é, abarcando também as atividades

¹ Cf. VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 78, p. 29-35, abr./maio 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/Carolina_rev78.htm. Acesso em: 28 de abril de 2014.

² Lenio Streck, por exemplo, refere-se várias vezes a tal “tese”, traçando algumas considerações sua aplicação, segundo ele, muito aplicada no tribunal do júri. Nesse sentido, cf. STRECK, Lenio Luiz. **Senso incomum**. O caso dos devoradores de ovelhas e o ônus da prova. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-06/senso-incomum-devoradores-ovelhas-onus-prova>>; STRECK, Lenio Luiz. **Senso incomum**. Julia Roberts ou quando o Supremo Tribunal erra. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-25/senso-incomum-fator-julia-roberts-ou-quando-supremo-erra>>; e STRECK, Lenio Luiz. **O direito AM-DM** (antes e depois do mensalão)... Disponível em <<http://www.adepolrj.com.br/Portal/Noticias.asp?id=12401>>. Consultados em 03 de julho de 2014.

legislativa e administrativa. Assim, vê-se que, já no início da persecução criminal, a prática investigatória brasileira (em que, embora seja pré-processual e, portanto, administrativa, deve existir igualmente o princípio processual da presunção de inocência^{3 4}), *verbi gratia*, consagra a “prisão para investigação”⁵, - inverte-se o ônus da prova já no inquérito policial.

Por outra volta, a título de exemplificação, demonstrando o quanto importa o tema ao cenário jurídico brasileiro, nota-se que a questão igualmente se imiscui no âmbito legislativo. Objetivando principalmente cumprir compromissos internacionais assumidos, notadamente relacionados ao conteúdo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, têm surgido no Brasil projetos de lei voltados à criminalização do enriquecimento ilícito. A temática, inclusive não é nenhuma novidade: com o AI-5, de 1968, a ditadura criou a Comissão Geral de Investigações, de 17 de dezembro de 1968, a qual se propunha a “promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos quanto tenham enriquecido ilicitamente, no exercício do cargo ou função pública”. Já na década de 1990, à época da elaboração da Lei de Improbidade Administrativa (hoje, Lei nº. 8.429/92), houve uma tentativa de se tipificar o crime de enriquecimento ilícito⁶, que voltou em 2009, com o Projeto de Lei nº. 5.581/09, do então deputado Fernando Chiarelli (PDT-SP), dessa vez propondo mais abertamente a inversão do ônus da prova⁷, voltando à tona, por fim, com a elaboração do Novo Código Penal (PLS 236/12), que pretendia reaproveitar o PL nº.

³ Consigne-se, desde já, que, para fins deste trabalho, nos filiamos ao entendimento de se considerarem sinônimos os princípios da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade. Nesse sentido, cf. TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 55.

⁴ Sobre a necessidade de respeito aos princípios constitucionais, ainda que de forma mitigada, em sede de inquérito policial, cf. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 316-380.

⁵ Inverte-se a ordem do raciocínio das prisões cautelares: ao invés de investigar primeiro e somente prender os suspeitos (nos casos autorizados pela Lei), prende-se de saída, para daí se arranjar os suspeitos. Sobre o assunto, cf. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 809-934.

⁶ Competiria ao agente público ou a seus sucessores, inclusive nas ações penais, provar que os bens que ensejaram a persecução seriam de origem lícita, conforme o disposto no *caput*, inciso IX e § 2º do art. 2º do PL 1.446-B/91 PL nº. 1.446-B/91:

Art. 2º Constituem atos de enriquecimento ilícito, para os fins desta Lei:

[...]

IX - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, até cinco anos após o término do exercício, bens ou valores de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução patrimonial ou à renda do agente público.

[...]

§ 2º Nas ações penal e civil fundadas no inciso IX deste artigo, incumbe ao agente público ou a seus sucessores demonstrar a origem lícita dos recursos financeiros utilizados para aquisição dos bens e valores ali mencionados.

⁷ PL nº. 5.581/09, Art. 2º. O art. 6º da Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992, fica acrescido dos seguintes parágrafos:

“§ 1º. No processo judicial que apura a improbidade administrativa, o juiz autorizará a inversão do ônus da prova toda vez que surgirem indícios de enriquecimento ilícito por parte da autoridade, agente público, servidor ou terceiro.

§ 2º. A inversão do ônus da prova poderá ser requerida pelo Ministério Público e pelos demais legitimados na forma desta Lei.

§ 3º. Não comprovando o investigado a origem lícita de seus bens, tais serão declarados de origem ilícita e sujeitos ao perdimento em favor da pessoa de direito público apontada como prejudicada com o ato de improbidade administrativa”.

Passava-se, portanto, “a permitir ao juiz inverter o ônus da prova quando houver indícios de enriquecimento ilícito por parte de autoridade, agente ou servidor público. Dessa forma, o suspeito terá[ia] o dever de comprovar a origem do seu patrimônio” (CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: **Política criminal, estado e democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 3).

5.581/09⁸. Em todos esses casos, evidencia-se a inversão explícita do ônus da prova que se pretendia adotar no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, perante a vastidão do assunto, optou-se, neste trabalho, por focar-se na análise da inversão do ônus da prova no processo penal propriamente dito, quando da aplicação da Lei, pelos tribunais. Trata-se de uma inversão velada, que vem se tornando prática comum na aplicação do Direito. Velada implícita, não positivada, mas que ganha ares de legitimidade com um discurso jurídico que tenta a todo custo compatibilizar esse “instituto” da inversão com os ditames democráticos e constitucionais. Dessa sorte, o presente estudo recairá sobre a inversão no âmbito judiciário, tendo como objeto de estudo o caso que constitui uma das principais aplicações desse “instituto” da inversão do ônus probatório: as paradigmáticas ocorrências de crime de roubo, na aplicação da majorante do uso de arma (inciso I, § 2º, art. 157, Código Penal). Atualmente, o entendimento é o seguinte: o reconhecimento de tal causa de aumento prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, instrumento do crime, desde que provado o seu uso no roubo por outros meios de prova. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de perigo do artefato empregado para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

Esse é o entendimento que acabou prevalecendo, após cerca de uma década de controvérsias, consolidado recentemente, no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo Regimental em Recurso Especial (EResp) nº. 961.863/RS do Superior Tribunal de Justiça – *leading case* –, segundo o qual não seria necessária a apreensão da arma do crime para aplicação da majorante do inciso I, § 2º, art. 157, do Código Penal. Há vários casos que retratam isso, na jurisprudência. Por exemplo, pegue-se o REsp. nº 1.350.744, assim ementado:

PROCESSO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA E APREENSÃO. OUTROS MEIOS

⁸ Conforme a proposta de novo tipo penal apresentada sob o *nomen juris* enriquecimento ilícito, a incompatibilidade entre a riqueza e os rendimentos auferidos pelo agente público levaria à presunção de sua origem ilícita, punível com pena privativa de liberdade de um a cinco anos e confisco dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio. *In verbis*, conforme o Art. 277 do PLS 236/12, constitui crime de enriquecimento ilícito “Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio lícito.

Pena – Prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens ou valores for atribuída fraudulentamente a terceiros pessoas”.

Nesse sentido, cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Jurisprudência comentada: a criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 98, p. 503, 2012. Para a autora, nesse caso, a inversão do ônus da prova é evidente e tem “consequências negativas”: “resta evidenciada a mensagem do Estado no sentido de que não mais necessita produzir prova dos elementos típicos que condicionam a responsabilidade do agente, o que, naturalmente, tende à generalização no âmbito do sistema. Retoma-se, de modo estarrecedor, um direito penal e um processo penal de cunho autoritário, pré-iluminista, cujas consequências negativas são já historicamente conhecidas”.

DE PROVA. ENTENDIMENTO FIRMADO NA 3ª SEÇÃO DESTA E. CORTE. RECURSO PROVIDO. - A 3ª Seção firmou entendimento de que para a incidência da majorante prevista no § 2º, I, do art. 157, do CP, é dispensável a apreensão e perícia da arma de fogo, desde que haja outros meios que comprovem a sua efetiva utilização pelo agente. - *In casu*, o emprego da arma de fogo na ação delituosa foi confirmado pela própria vítima, sendo, portanto, desnecessária a apreensão e perícia na arma de fogo, para o fim de comprovação da sua potencialidade lesiva, devendo incidir a referida majorante. Precedentes. Recurso provido⁹.

No caso, a aplicação da lei pelos tribunais traduz-se em inversão do ônus probatório, impondo ao acusado o dever de provar que não havia potencial lesivo no artefato empregado para cometimento do crime.

Nesse diapasão, coloca-se a pergunta principal que este estudo buscará responder: a orientação jurisprudencial estabelecida pelo STJ nos EREsp. nº 961.863/RS viola a garantia constitucional de presunção de inocência? E, se viola, por que, especialmente nos tribunais (os quais deveriam, ao menos em tese, afirmar os direitos e garantias fundamentais), vem se invertendo o ônus da prova no processo penal? Para responder esses questionamentos, primeiramente, é necessário se delimitar o que se entende por ônus probatório no processo penal, quais os papéis do acusado e do órgão acusatório e o que seria essa inversão. Daí porque, antes, é preciso discriminar os princípios pertinentes ao tema e à gestão da prova; para só então se proceder à análise das questões doutrinárias, legais e jurisprudenciais próprias à inversão no crime de roubo com causa de aumento de pena do emprego de arma, buscando, por fim, no contexto social, determinados aspectos que o tornam terreno propício para que o discurso da inversão do ônus da prova prolifere, a fim de se desenharem possíveis causas que motivam tal inversão.

Esse é justamente o foco deste estudo, embasado precipuamente em análise bibliográfica de diversos autores do direito penal e processual penal, cuja doutrina fornece importantes conceitos para o presente trabalho. Recorre-se, ainda, àqueles autores que criticam essa inversão, bem como outros que põem o holofote sobre a crescente sede punitivista da sociedade e teóricos que, embora não propriamente teóricos do direito penal ou mesmo do direito, de uma forma ou de outra, contribuem para a linha de raciocínio desenvolvida. Também foi feita pesquisa jurisprudencial, abordando julgados, das cortes superiores – principalmente do Superior Tribunal de Justiça – que se propuseram a enfrentar o tema, trazendo-se, eventualmente, julgados pertinentes. Nesse diapasão, levar-se-á em conta o

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.350.744/ MG 2012/0228503-0 da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Julgamento: 27/11/2012, T5 - Quinta Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 dez. 2012.

cada vez mais central papel da Constituição como fundamento de validade do ordenamento jurídico – daí porque se recorrerá frequentemente a determinados julgados do Supremo Tribunal Federal, o qual já teve oportunidade de enfrentar o tema, fornecendo a mesma resposta do STJ.

Dessa maneira, terá vez neste trabalho, em um primeiro momento, no primeiro capítulo, uma análise dos princípios fundamentais do processo penal democrático que regem (ou deveriam reger) a questão, com destaque para o princípio da presunção de inocência e seu correlato ônus da prova exclusivo do órgão acusatório, também merecendo enfoque especial o princípio da necessidade. Prossegue-se introduzindo, ainda, os contornos de um conceito mais técnico da inversão do ônus da prova no processo penal, em torno da presunção de não culpabilidade.

Ultrapassada essa questão, no segundo capítulo, será tecida a análise sobre tal inversão propriamente dita, com especial atenção ao que diz a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a aplicação da majorante do emprego de arma no crime de roubo. Isso igualmente se atentando para os conceitos técnico-jurídicos próprios ao tema, prezando por um pensar crítico sobre todo o discurso que pretende legitimar a inversão do ônus da prova no processo penal.

Somente a partir daí, no terceiro capítulo, seguirão considerações acerca do arranjo social em que esse discurso se arraiga e prolifera, de tal sorte a se evidenciar como a dinâmica social contemporânea é propícia para o desenvolvimento dessa tese que permite a inversão. Tudo isso com vistas a responder se e como o posicionamento do STJ sobre a necessidade de apreensão do instrumento do delito no crime de roubo para incidência da majorante de emprego de arma viola a garantia constitucional de presunção de inocência.

1. O Princípio da Presunção de Inocência

1.1 Considerações iniciais sobre os princípios do processo penal democrático

Para se entender o que é inversão do ônus da prova, é preciso delimitar o que é esse ônus e como ele funciona, especificamente no contexto do processo penal, o que invariavelmente requer uma análise de princípios constitucionais do processo penal, sobretudo o da presunção de inocência. Assim, é necessário, em um primeiro momento, um desenvolvimento desses princípios e da dinâmica própria da gestão da prova no processo penal.

Antes de analisar os princípios pertinentes ao ônus da prova no processo penal, ressalte-se, desde logo, que é imprescindível se enxergar esse ramo do direito de acordo com o prisma constitucional, mas também da lógica democrática, que embasa a Constituição. Esta, por sua vez, funda o Estado Democrático (inaugura, constitui a ordem jurídica) e consagra a Democracia. É importante que essa noção esteja em mente desde o início, com vistas a se entender o tema em estudo em toda sua complexidade. Somente a partir daí se pode passar à análise do ônus da prova e, posteriormente, compreender-se em como se dá sua inversão e quais as consequências disso.

Pois bem, o processo penal é marcado, como mencionado, pela tentativa de solução da delicada equação “proteção dos direitos individuais x eficiência do aparato penal”¹⁰. De um lado, a busca pela afirmação dos direitos fundamentais, (destaque especial para o que concerne ao respeito às regras do jogo); do outro lado, o discurso punitivista. Esse último tem como base a garantia da segurança¹¹, que abomina a impunidade e muitas vezes acredita ser ela decorrência direta da tão só existência do processo, dos direitos fundamentais e dos princípios que tentam assegurá-los, taxando esses como grandes responsáveis pela violência e insegurança que pairam sobre o seio social¹².

¹⁰ Cf. VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis, *op. cit.* Acesso em: 28 de abril de 2014.

¹¹ Costuma-se identificar eficiência da persecução criminal como sinônimo de direito à segurança, o qual também seria fundamental e, portanto, autorizaria a utilização do princípio da proporcionalidade no sopesamento, que acaba, via de regra, pendendo para a segurança. Para maiores considerações sobre o uso errôneo do princípio da proporcionalidade pelos tribunais brasileiros (superiores, inclusive), vide LIMA, George Marmelstein. *Alexy à brasileira ou a teoria da Katchanga*, 27 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646>>. Acesso em: 19 de maio de 2014.

¹² Nesse ponto, ressalte-se, desde já, que impunidade nada tem que ver com a existência, per si, do processo – muito pelo contrário, esse visa, sobretudo, a que inocentes não sofram punições, embora também seja o meio necessário à cominação da pena. O processo penal serve, sim, à imposição do castigo, da punição. A sensação de impunidade, a seu turno, está em diversos fatores, como no agigantamento do direito penal, na ineficiência do trato estatal com esse processo, o que gera morosidade, e, também, está em fatores externos ao processo, como a ineficácia do aparato policial.

Dito isso, é cogente se notar que, diferentemente do direito civil, o direito penal não alberga a solução de conflito – que se dá com a aplicação da pena – pela via extraprocessual¹³, tampouco podendo, no processo penal, as partes elegerem o foro no qual se instaurará o processo. Em todas as hipóteses de persecução criminal, é necessária a atividade jurisdicional. Trata-se do princípio da necessidade. Significa dizer que o processo penal é o único meio legítimo para imposição da pena (malgrado também sirva à implementação dos direitos fundamentais, como a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa, devido processo legal, o juiz natural etc.). Trocando em miúdos, o processo é o caminho necessário para a punição, ou seja, ele é o único meio legítimo para se cominar a pena ao infrator, cuja culpa *lato sensu* deverá ser devidamente provada, e a quem deverá ser oportunizada defesa. E há quase um século, Goldschmidt, buscando o que embasa esse princípio, fez uma interessante indagação, problematizando o tema:

Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em um processo?¹⁴

Por que o processo penal é o caminho necessário para se cominar a pena? A resposta a esse questionamento, pensamos, pode ser formulada da seguinte forma: a pena se impõe mediante um processo porque estes dois são manifestações da justiça.

Para entender melhor, peguemos dois exemplos esclarecedores, que representam situações de extremos: a do réu confesso e a da prisão em flagrante. Em ambos os casos, haverá processo! Ora, na primeira, ele está confessando que cometeu um crime. Que necessidade haveria de se instaurar (ou prosseguir, caso tal confissão só se dê após o acolhimento da denúncia) com um processo? No segundo caso, a mesma situação: a autoridade estatal (na grande maioria das vezes) presencia o fato ocorrendo. Que necessidade há de processo? A resposta: justiça, ou ainda a necessidade democrática (e aqui se ressalta a importância de se manter sempre um olhar que leve em conta a própria democracia, para além dos princípios constitucionais), que consagra, por fim e por tabela, a presunção de não culpabilidade.

É verdade que democracia, sim, tem que ver com governo da maioria. Claro, esse deve ser associado aos direitos individuais das minorias, eleições livres e periódicas,

¹³ Pode-se afirmar que a exceção a essa regra se dá em casos excepcionais, nos quais há excludentes de ilicitude. Há, ainda, muito interessante discussão sobre se há ou não solução extrajudicial quando se aplicam os institutos da transação penal e *sursis* processual, trazidos pela Lei n.º 9.099/95 (Lei de Juizados Especiais), tema que, não obstante seja muito rico, não é propriamente objeto de estudo do presente trabalho.

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

igualdade. Democracia pode fundamentalmente ser enxergada como uma série de práticas e princípios que protegem a liberdade humana, constituindo a institucionalização da liberdade. A democracia vê e reconhece no “todos”, como afirma o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o outro, a alteridade, e tem lugar a afirmação do diferente enquanto igual em dignidade e direitos, ou, como diz Dworkin, dá-se vez à igualdade substantiva, considerando os cidadãos como iguais, dignos e merecedores da mesma consideração e respeito entre cada um dos indivíduos, como norte da experiência social democrática¹⁵.

Enquanto tudo isso pode ser usado para definir democracia, é interessante notar que ela é, também (por consequência), controle do poder pelo poder e ao mesmo tempo resposta ao absolutismo que a antecederia em grande parte dos estados-nações. Isso costuma ser ignorado pela doutrina, quer tradicional, quer mais garantista¹⁶, ao tratar do processo penal, e é aí que entra a discussão sobre o ônus da prova. O arranjo institucional democrático permite a desconcentração do poder visando ao respeito pleno dos direitos fundamentais. Se antes apenas uma figura inquisitória era responsável por investigar, julgar e mesmo aplicar a pena, sumariamente – e durante séculos foi assim! –, hoje a democracia exige um sistema que de certa forma distribua o poder, diluindo-o. As entidades são diferentes, mas o sujeito que comete um crime será preso (em flagrante, preventivamente ou ao fim do processo), investigado, processado, defendido (via de regra) e julgado pelo mesmo Estado, tendo, ainda, sua pena executada e fiscalizada por este¹⁷. “A justiça é uma loucura”¹⁸, já dizia Jacques Derrida – referindo-se não à lógica do sistema judiciário, é verdade, mas a frase aqui se ajusta bem.

Voltando ao exemplo da prisão em flagrante, note-se que, se ela não tiver sido realizada conforme os ditames legais, o autor do crime terá sua prisão quase que prontamente relaxada, de ofício pelo juiz. É o que diz o inciso LXV do art. 5º da Constituição: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. No tocante à situação do réu confesso, a seu turno, é inequívoca a relevância do contexto histórico¹⁹. Mas esse

¹⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁶ Acerca da ideia de garantismo penal, Ferrajoli destaca três possibilidades de entendimento desse conceito. O primeiro trata do modelo normativo de estrita legalidade do direito penal; o segundo aborda a separação do ser e do dever ser do direito penal; o último, já se aproxima de uma filosofia política que requer do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela constitui finalidade. Diante da proposta deste trabalho, aproximamo-nos do primeiro e do terceiro entendimento elencados pelo jurista italiano. Para nós, garantismo penal nada mais é do que a mistura de um conceito prático com outro abstrato - valorativo, o primeiro relacionado a uma técnica de aplicação do direito que obedece estritamente à lei, o segundo, à proteção do indivíduo diante do ônus que o aparato jurídico e político tem para direta ou indiretamente reprimir a liberdade do homem.

¹⁷ Assumindo-se, claro, que não caia na “cifra negra” penal.

¹⁸ Cf. DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento mítico da autoridade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. .

¹⁹ Claro que não se pode ignorar a evolução da teoria da prova e da gestão da prova, que também tem grande influência no entendimento contemporâneo da necessidade do processo. Trata-se de uma reação a séculos de perpetração da máxima de que “a confissão é a rainha das provas”. Nessa contextura, cf. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 638-758.

argumento histórico se confunde com o próprio argumento democrático, na medida em que a democracia moderna (e os direitos humanos) surge também como resposta ao tipo de situação em que toda tortura e violação aos direitos humanos eram toleradas a fim de se obter essa confissão²⁰.

Em resumo, pela exigência democrática,

impõe-se a necessidade da utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – processo judicial –, através da qual é designado um terceiro imparcial (juiz) pertencente à Administração (pública) da Justiça, cuja designação deve ser previamente estabelecida por lei, não cabendo à acusação ou à defesa sua escolha. Resulta de uma imposição da estrutura institucional adotada. O exercício do poder punitivo está condicionado e é condicionante da atuação estatal. O processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena²¹.

Dessa forma, mostra-se como o processo penal é totalmente necessário. Nesse embate direitos subjetivos *versus* segurança, consagra-se, por meio dele, processo penal, historicamente “um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal” (dentre eles, a presunção de inocência e seu consecutivo lógico – carga probatória exclusiva do Ministério Público, tratadas na sequência), porém, “sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei”, assegurando o combate legítimo e efetivo da criminalidade²². E todas essas garantias, segundo o Juiz interamericano Sérgio García Ramírez, “se estruturam em torno da inocência, que não impede a persecução penal, mas a racionaliza”²³.

1.2 Princípio da presunção de inocência e os princípios correlatos da carga probatória exclusiva do órgão acusatório e do ‘*in dubio, pro reo*’: o ônus da prova no processo penal democrático

Ao se abordar a inversão do ônus probatório no processo penal, está-se, invariavelmente, adentrando a temática da presunção de inocência, princípio constitucional,

²⁰ Igualmente, pode-se citar como objetivo democrático (e motivo para a necessidade do processo) evitarem-se aberrações como o famigerado caso Escola Base, ocorrido no ano de 1994. Sobre o tema, cf. RIBEIRO, Alexander Augusto. **Caso Escola Base: os Abusos da Imprensa**. São Paulo: Ática, 1995.

²¹ Cf. LOPES JUNIOR, Aury. **O fundamento da existência do processo penal. Instrumentalidade garantista**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/1060/o-fundamento-da-existencia-do-processo-penal#ixzz30qXyMO4p>>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

²² SARMENTO, George. **A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro**. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de (Org.). **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 243-244.

²³ Em seu voto no caso Tibi vs. Equador, da Corte Interamericana de Direitos Humanos (07.09.2004). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

insculpido no art. 5º, inciso LVII da Constituição Republicana, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na lógica democrática, é sempre necessário se auferir o cometimento do delito, por meio do processo – encadeamento de atos racionalmente ordenados que visam à sentença. Somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderá o réu ser considerado culpado, superando a presunção de inocência que, antes e durante todo o processo, opera a seu favor. Daí o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, em torno do qual se estrutura o processo penal. Isso porque é essa mesma lógica democrática, da necessidade do processo penal, que consagra a presunção de inocência, imprescindível instituto: "a presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório"²⁴. Ou seja, toda a estrutura do processo tem por alicerce o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, fundamento de todas as demais garantias processuais e, portanto, requisito dos regimes democráticos, de acordo com o que consignou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)²⁵.

Voltando-se ao comando constitucional, vê-se que ele é muito claro, e dele se extraem duas consequências básicas e interligadas. Primeiro, se não é culpado até o trânsito em julgado, é inocente, e assim se presume, de acordo com o paradigma democrático ora vigente. Estabelece-se a inocência dos indivíduos, que somente perderão tal condição após sentença condenatória com trânsito em julgado. Este, por sua vez, depende do processo penal. Em outras palavras, a inocência do indivíduo é presumida em todos os aspectos, enquanto não sobrevém o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória.

Segundo, esse comando é também decorrência de outro princípio visceralmente ligado à presunção de inocência: a carga probatória exclusiva do órgão acusatório. Como o nome sugere, esse é o princípio de acordo com o qual, no processo penal condenatório, o ônus da prova cabe inteiramente ao órgão de acusação – o Ministério Público, de acordo com o inciso I do art. 129 da Constituição, pois, segundo a regra geral, a ação penal é de iniciativa pública. A acusação deve alegar a prática de um fato criminoso com todas as suas circunstâncias na denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal) e durante o processo cabe a ele provar suas alegações. Eis a regra do ônus da prova no processo penal.

Assim,

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.283.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tibi vs. Equador (07.09.2004). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade²⁶.

Na prática, é difícil distinguir esses dois princípios, pois ambos se conjugam mutuamente, levando à conclusão lógica de que o réu é inocente até que se prove o contrário. Sendo acusado do cometimento de algum delito, cabe ao órgão responsável pela acusação demonstrar que o indivíduo processado é culpado, haja vista que, se não demonstrar isso – ante a incerteza –, o réu será presumivelmente inocente, isto é, a dúvida, ainda que relevante²⁷, não tem o condão, em matéria penal, de “vencer” a presunção de inocência. É o princípio consecutivo consagrado no jargão *in dubio, pro reo*. Essa é a maneira que esses princípios se entrelaçam.

Desse modo – e na contramão do processo civil, do que costumeiramente afirma a doutrina mais tradicional do processo penal²⁸ e da jurisprudência pátria majoritária²⁹ –, “cabe à acusação, além de demonstrar a ocorrência de um fato típico, provar também a presença da ilicitude/antijuridicidade e da culpabilidade e não ao réu provar a ausência destas”³⁰, sendo esse o funcionamento do ônus da prova na seara penal. Caso contrário, não haverá punição, por não ter sido devidamente provado o cometimento do crime³¹.

Importante ressaltar que, malgrado minoritário, há posicionamento doutrinário nesse sentido. Afrânio Silva Jardim, v.g., escreve:

O réu não formula qualquer pedido no processo penal, tratando-se de ação condenatória. Não manifesta qualquer pretensão própria. Apenas pode se opor à pretensão punitiva do Estado, procurando afastar o acolhimento do pedido do autor. [...] Repita-se: a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor. [...] Sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu³².

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2011. v. 1. p. 15.

²⁷ Nessa contextura, recomenda-se o filme **Doze Homens e Uma Sentença** (*Twelve Angry Men*). Diretor: Sidney Lumet (EUA, 1957). P&B.

²⁸ Por todos, Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal anotado**. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 349, em que o autor sustenta ser do réu o ônus de provar excludentes de ilicitude e culpabilidade, em analogia ao ônus da prova no processo do trabalho e no direito do consumidor, já que ele possuiria mais condições de fazê-lo.

²⁹ Nesse sentido, vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.367.491/PR. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 maio 2013.

³⁰ LUZ, Denise; JOBIM, Eduardo Schmidt. **Ônus da prova e o resgate da identidade do processo penal como distinto do processo civil**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anaais/cienciascriminais/IV/27.pdf>> Acesso em: 05 de maio de 2014.

³¹ Adota-se, aqui, no conceito analítico de crime, a teoria tripartite, segundo a qual crime é a ação típica, antijurídica e culpável, conforme maioria da doutrina pátria, sustentada, entre outros, por Cezar Bitencourt, Guilherme Nucci, Heleno Cláudio Fragoso e Francisco de Assis Toledo. Nesse sentido, por todos, cf. SANTOS, Juarez Cirino. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Não se desconhece, contudo, que há autores que preferem trabalhar com uma teoria bipartida, afirmando que não compõe o conceito de crime a culpabilidade (principalmente Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete e Fernando Capez); autores que acrescentam a punibilidade como requisito para ser crime, defendendo uma teoria quadripartida, como Nelson Hungria; e autores que não consideram a culpabilidade requisito do crime, mas acrescentam a punibilidade.

³² JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 212-213.

Igualmente, na jurisprudência, encontram-se acórdãos, ainda que esparsos, com esse entendimento. Nesse diapasão, transcreve-se ementa do HC 27.684-AM, no STJ:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTO APRESENTADO PELA DEFESA IGNORADO PELO ÓRGÃO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL E INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 231 E 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. **O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência.** 2. **É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.** 3. **Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência, bem como ignora documento apresentado pela Defesa a teor dos artigos 231 e 400 do Código de Processo Penal.** 4. ORDEM CONCEDIDA para anular a decisão condenatória, para que outro julgamento seja proferido, apreciando-se, inclusive, a prova documental ignorada³³.

Importante, ainda, destacar-se trecho do voto do relator que vai ao encontro do nosso posicionamento, também recorrendo a Afrânio Jardim:

[...] Estarrecido estou com o teor do decreto condenatório, porquanto o trecho transcrito corresponde à integralidade da fundamentação. Nada mais há; sequer uma só referência à prova produzida pelo órgão ministerial, seja quanto aos fatos objetivamente considerados, seja com relação ao elemento subjetivo do tipo, ou seja, o intuito de fraudar. Não houve qualquer apreciação das provas produzidas pela acusação para firmar o juízo condenatório, mas, ao contrário, afirmou-se que não logrou o acusado provar inverídicos os fatos a ele imputados, numa inaceitável inversão do ônus da prova ao presumir, *juris tantum*, como verdadeira a narrativa do *parquet*, incumbindo ao réu o dever de desconstituir tal presunção. É notório que o órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório, como retratado no art. 156 do CPP. Nesse sentido, afirma Afrânio Silva Jardim: 'O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova de acusação. Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados fatos da acusação leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do réu. Assim, o ônus da prova, na ação penal condenatória é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado, afirmado na denúncia ou queixa; conclusão esta que harmoniza a regra do art. 156, 1.^a parte, do CPP com o salutar princípio *in dubio pro reo*' (Direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 214).

Nesse quadro, tem-se uma clara linha lógico-processual que deve ser sempre respeitada. Ao ocorrer um delito e se identificar um suspeito (inclusive, repise-se, nos extremos de prisão em flagrante ou confissão voluntária), instaura-se um processo contra o

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 27.684-AM. Relator: Ministro Paulo Medina, Julgamento 15 mar. 2007, T6 - Sexta Turma. **Diário da Justiça**, 09 abr. 2007, sem destaque no original.

acusado. Este se presume inocente, ainda que permaneça inerte³⁴, cabendo ao *parquet* (ou ao querelante, na em ações penais de iniciativa privada) demonstrar, com provas robustas, autoria e materialidade do delito, provando que houve crime – vale dizer: tipicidade, ilicitude e culpabilidade³⁵. Não cabe ao réu provar sua inocência, mas sim ao Estado e a todo o aparelho estatal se mover a fim de provar a autoria e materialidade do suposto delito. Em última análise, levando-se em conta o *in dubio pro reo*, não há como se atribuir ao réu as consequências da insuficiência probatória³⁶. Isso porque, tal qual escreveram os autores Denise Luz e Eduardo Schmidt Jobim, sintetizando todas essas considerações,

[...] a lógica do processo penal é diferente da lógica do processo civil. No processo penal, a dúvida sempre milita a favor do acusado, porque o sistema processual acusatório não permite que a dúvida seja usada em seu desfavor, já que vige o princípio da presunção de inocência. Por isso, todo o ônus probatório é do acusador. [...]

Cabe à acusação, além de demonstrar a ocorrência de um fato típico, provar também a presença da ilicitude/antijuridicidade e da culpabilidade e não ao réu provar a ausência destas. O delito não consiste em mera desobediência ou inobservância da norma. Sem os elementos da ilicitude/antijuridicidade e da culpabilidade não se pode estar diante de um crime conforme Teoria Geral do Delito. E quem tem que provar o crime (de modo integral) é a acusação. Esse grave equívoco de atribuir ao réu o ônus de provar ocorre pela indevida insistência em transportar critérios do processo civil para o processo penal, tratando as excludentes de ilicitude e de culpabilidade, assim como a alegação de um alibi como se fossem fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. Emprega-se uma analogia superficial entre o art. 156 do CPP - o ônus da prova cabe a quem alega, com as regras sobre ônus da prova previstas no art. 333 do CPC³⁷.

Essa conclusão é a única possível, ainda que se tente argumentar que o ônus da prova cabe a quem alega, já que é dever do Ministério Público (ou do querelante, quando haverá queixa-crime) comprovar o alegado na denúncia, que afirma a existência de um crime – logo, alega tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Não faz sentido, pois, falar-se em inverter o ônus da prova, ou seja, subverter essa dinâmica processual, estabelecendo que o réu tenha o fardo de provar sua inocência, até porque ele tem direito ao silêncio, que não poderá ser interpretado em seu prejuízo.

Em resumo, recai integral e exclusivamente sobre o acusador o encargo de demonstrar, de forma cabal, aquilo que se narrou na denúncia, com força suficiente para

³⁴ É garantido ao réu o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*) na Constituição e no parágrafo único do art. 186 do CPP, segundo o qual “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Ora, como então sustentar que, caso o réu tente, mas não comprove devidamente um alibi, ele será culpado (por aplicação do brocardo “alibi não provado, réu culpado”), mas, se tivesse permanecido em silêncio, teria outra sorte?

³⁵ Evidentemente, ainda que no caso concreto o agente careça de culpabilidade, não tendo, portanto, havido crime, o Ministério Público também poderá postular uma absolvição imprópria, com aplicação de medida de segurança, quando for pertinente.

³⁶ O que acaba por representar a superação da teoria processual de relação jurídica de Bülow, própria do processo civil. Sobre tal teoria, sua superação pela teoria da situação jurídica dinâmica processual e acerca do papel do réu no processo penal, cf. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101-122.

³⁷ LUZ, Denise; JOBIM, Eduardo Schmidt. **Ônus da prova e o resgate da identidade do processo penal como distinto do processo civil**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/27.pdf>> Acesso em: 05 de maio de 2014.

derrocar a presunção, que milita a favor do acusado – antes e durante todo o curso processual –, de que ele é inocente. Caso não seja assim, desonerando a acusação da prova da ilicitude da conduta e culpabilidade do réu, reduz-se o crime a um fato típico, para cuja apuração bastaria um tribunal de penas, para discutir, quando muito, simples subsunção da conduta à norma.

Não por outro motivo, atento a essa discussão, o Legislativo editou a Lei nº. 11.719/2008, revogando o art. 594 do Código de Processo Penal, que determinava a prisão automática do acusado em caso de sentença condenatória (*in verbis*, “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”), sepultando essa figura de “livrar-se solto”. Consolidou-se a tese segundo a qual a presunção de inocência insuperavelmente vale até o trânsito em julgado da condenação³⁸.

³⁸ Tal entendimento perdura inclusive em sede de recurso extraordinário *lato sensu*, como bem demonstra a jurisprudência. Cita-se o julgamento do HC 84.078 do STF, da relatoria do ex-ministro Eros Grau, que condensa todo esse entendimento, motivo pelo qual se transcreve, na íntegra, sua ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção [sic] do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre

Mas, afinal, por que então o discurso de inversão do ônus da prova, que em outras palavras nada mais é do que a atribuição ao réu da carga probatória de sua inocência (daí porque se chama inversão - inverte-se o ônus da prova, que seria totalmente do Ministério Público, *exigindo* que o réu comprove sua inocência, apresentando um álibi, ou provando uma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade), é tão atrativo? Mais: por que ele está cada vez mais presente no âmbito judicial, onde, ao revés, a atuação judicial deveria lançar mão sempre da garantia dos direitos fundamentais (condição própria da presunção de inocência)?

Para responder essa pergunta, analisaremos o paradigmático caso da majorante do emprego de arma no crime de roubo, com a posição jurisprudencial fixada no *leading case* EREsp. nº. 961.863/RS, do Superior Tribunal de Justiça. Esse julgamento e outros, em que se julgaram casos idênticos e semelhantes, possibilita uma preciosa análise da presunção de inocência, clarificando o tema, lançando luz sobre alguns aspectos essenciais do problema da inversão do ônus da prova.

aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 84.078/MG . Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento 05 fev. 2009, Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 fev. 2010).

2. Inversão do ônus da prova na aplicação da majorante do crime de roubo por uso de arma, mesmo quando não apreendido o instrumento do crime

Atualmente, doutrina e jurisprudência pátrias mostram-se, de forma majoritária, tendentes à consideração da causa de aumento de pena prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157 do Código Penal (roubo circunstanciado pelo emprego de arma), ainda que este instrumento não seja apreendido e devidamente periciado. Desonera-se o órgão acusatório de um ônus que a ele caberia, haja vista que é encargo do Ministério Público provar as alegações da denúncia, que deve conter a descrição da prática de um fato criminoso com todas as suas circunstâncias na denúncia (art. 41 do CPP), indo na contramão dos princípios constitucionais democráticos do Processo Penal. Nesse cenário, no já mencionado julgamento paradigmático dos Embargos de Divergência em Agravo Regimental no EREsp. nº. 961.863/RS, sobre o qual se discorrerá oportunamente, afirma-se que “cabe ao réu, se assim for do seu interesse, demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão”³⁹.

Decisivo fator para se demonstrar o contrário – isso é, a imprescindibilidade de apreensão do instrumento do crime –, no caso, é a adoção da corrente objetiva quanto à majorante que se discute. Como se verá, adota-se a teoria de que à arma é necessário potencial lesivo para configurar tal majorante (potencial lesivo, esse, que constitui a razão de ser do dispositivo), o que é decisivo para o problema da inversão.

Logo, antes de se tecerem considerações mais veementes acerca do problema da inversão do ônus da prova, a fim de se compreender a situação em toda a sua complexidade, é necessário um exame mais detido sobre o tipo penal do crime de roubo e sobre a majorante em tela, trazendo à baila o histórico, de aplicação do dispositivo no Superior Tribunal de Justiça. Não há como se pensar a inversão do ônus probatório da majorante sem sua correta compreensão técnica. Mister, antes de adentrar o mérito da discussão, apresentar e definir os conceitos de arma, haja vista ser essa a referência que o dispositivo faz.

Posteriormente, e tendo em mente a necessidade da adoção da corrente objetiva, apontar-se-á a incongruência dos julgamentos que invertem o ônus da prova,

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 961.863/RS. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Relator p/ Acórdão: Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção. Julgamento 13 dez. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 abr. 2011.

reconhecendo a majorante ainda que não haja apreensão do artefato – incongruência nos âmbitos processual e constitucional. Apenas a partir daí, poder-se-ão analisar os dispositivos propriamente processuais penais que regem a questão, bem como a jurisprudência propriamente atinente à inversão do ônus da prova.

2.1 O crime de roubo e a causa de aumento de pena por emprego de arma (art. 157, *caput*, e § 2º, inciso I, CP)

O crime de roubo está tipificado no art. 157 do Código Penal, sendo definido como “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. Segundo o Código, a quem praticar tal conduta, comina-se pena de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

Já o inciso I do § 2º do mesmo art. 157 traz o chamado roubo qualificado⁴⁰ por emprego de arma. Duas considerações são particularmente interessantes a respeito desse crime para o estudo da inversão do ônus da prova. A primeira é que o dispositivo não faz nenhuma distinção, e tanto o emprego de armas próprias (cuja função precípua é o ataque ou a defesa, tal qual o revólver, a pistola e o punhal) quanto de armas impróprias (aquelas cuja função não é o ataque ou a defesa, como a faca de cozinha) autorizam a exasperação da pena, posicionamento cristalizado na doutrina⁴¹, também sendo pacífica a jurisprudência nesse ponto. Em todos esses instrumentos, ressalte-se desde já, há a capacidade de ferir, o potencial lesivo, sobre o qual serão feitas considerações mais detidas adiante.

A segunda consideração consiste em reparar que o crime de roubo é classificado como crime complexo, isto é, seu tipo representa a soma ou fusão de dois ou mais crimes, ofendendo mais de um bem jurídico penalmente tutelado. De fato, o tipo penal do roubo é o clássico exemplo de crime complexo por excelência, sempre trazido pela doutrina, pois formado pela conjugação dos crimes de furto (art. 155) com o crime de lesão corporal (art. 129) ou ameaça (art. 147). Por isso, haverá crime de roubo com o emprego de violência ou grave ameaça, conforme tipifica o Código Penal no *caput* do art. 157, para subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem.

⁴⁰ A expressão é recorrente na jurisprudência, embora seja tecnicamente incorreta. Na verdade, tal dispositivo prevê uma causa de aumento de pena, que se eleva de um terço até a metade, se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma. É, pois, um roubo circunstanciado.

⁴¹ Nesse sentido, cf. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial, volume III. 9ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 69, onde se afirma que, mesmo se o agente utilizar um caco de vidro para subtrair algum objeto da vítima, estará utilizando arma, fazendo jus à majorante do § 2º, I, do art. 157, do CP.

Tais apontamentos, conjugados, levam à conclusão de que, embora o instrumento não apresente perigo algum, haverá roubo. Em virtude de ser um crime complexo, não poderia se tratar de crime impossível por ineficácia absoluta do meio, já que, independentemente do potencial lesivo, a ameaça fica caracterizada, ainda que o agente tenha somente simulado a posse de uma arma. Essa é uma conclusão importante para a sequência do raciocínio, mas, já de saída, demonstra que, seja lá como for – havendo a apreensão ou não –, o agente será punido pelo crime de roubo, não havendo motivo para se falar em impunidade.

A partir dessas considerações e dessa primeira conclusão, pode-se passar à fundamental análise do potencial lesivo da arma, outro elemento necessário para se pensar a inversão do ônus da prova no caso em tela.

2.1.1 Potencial lesivo no emprego de arma de fogo – as correntes doutrinárias objetiva e subjetiva

Uma pergunta primordial que emerge do estudo do assunto em questão é a seguinte: afinal, qual a razão de ser da causa de aumento de pena especial presente no art. 157, § 2º, I, do Código Penal? A resposta a essa pergunta, durante muito tempo, foi controvertida. A corrente que prevalecia era a capitaneada por Nelson Hungria, chamada corrente subjetiva, segundo a qual pouco importava a aptidão do artefato para realizar disparos à exasperação da pena, pois o dispositivo estaria se referindo à “intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir”⁴². A razão de ser do dispositivo para essa linha de pensamento, portanto, seria o poder intimidador que a arma exerce sobre a vítima. Para essa corrente, deveria ser aplicada a majorante quando o agente utiliza arma desmuniada, com defeito que a torna completamente ineficaz ou mesmo de brinquedo. Tal linha é defendida até hoje, por exemplo, por Fernando Capez⁴³.

Já a outra corrente – denominada objetiva –, por sua vez, endossa que essa causa de aumento de pena baseia-se no perigo real que representa à integridade física da

⁴² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, volume VII**: artigos 155 a 196. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 58.

⁴³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa e Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012. *In verbis*, “o fundamento dessa causa de aumento é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a sua capacidade de resistência. Por essa razão, não importa o poder vulnerante da arma, ou seja, a sua potencialidade lesiva, bastando que ela seja idônea a infundir maior temor na vítima e assim diminuir a sua possibilidade de reação. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva. Assim, a arma de fogo descarregada ou defeituosa ou o simulacro de arma (arma de brinquedo) configuram a majorante em tela, pois o seu manejo, não obstante a ausência de potencialidade ofensiva, é capaz de aterrorizar a vítima. Pouco importa que outros tipos, como, por exemplo, o dos arts. 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003, não considerem como arma a de brinquedo ou a inapta a efetuar disparos. É que, nesse caso, cuida-se de objetividade jurídica diversa. Aqui, o que vale é a idoneidade para assustar, intimidar, fazer o ofendido sentir-se constrangido” (p. 432).

vítima. Por esse motivo, é necessário à arma potencial lesivo para incidência da majorante. Considera-se arma, logo, somente o instrumento capaz de expor a risco real a pessoa. Consequentemente, se o instrumento for absolutamente ineficaz, não haverá maior potencialidade lesiva, razão por que não se configurará a causa de aumento de pena. Essa é a corrente majoritária⁴⁴, adotada de maneira quase pacífica pela jurisprudência⁴⁵. Todavia, como dito, nem sempre foi assim. E o histórico da mudança de entendimento do STJ sobre o tema, emblemática, fornece algumas importantes ferramentas no que diz respeito à inversão do ônus da prova na aplicação da majorante de emprego de arma⁴⁶.

2.1.2 Jurisprudência sobre o potencial lesivo das armas, o cancelamento da Súmula 174 do STJ e as consequências para a inversão do ônus da prova

“No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena”. Esse era o teor da Súmula 174, do STJ, tribunal cujo posicionamento era claramente favorável à corrente subjetiva. Nesse tocante, sofria duras críticas da doutrina defensora do critério objetivo, motivo determinante para que tal súmula fosse cancelada. O STJ reviu seu posicionamento no julgamento do REsp. nº. 213.054/SP, quando se reuniram os então ministros da Terceira Seção do STJ, formada pela 5ª e 6ª Turmas, especializadas em Direito Penal. Considerou-se que o emprego de arma de brinquedo não majora o crime, pois não apresenta idoneidade lesiva, a despeito de continuar caracterizado o roubo (por ser crime complexo, subsistindo em virtude da grave ameaça, como já explicado). De maneira bem sintética, passou-se a decidir da seguinte forma:

A utilização de arma desmuniada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena, já que esta está vinculada ao potencial lesivo do instrumento,

⁴⁴ Por todos, “a inidoneidade lesiva da arma (de brinquedo, descarregada ou simplesmente à mostra), que pode ser suficiente para caracterizar a ameaça tipificadora do roubo, por exemplo, não tem o mesmo efeito [...] para qualificar o roubo. [...] O fundamento dessa qualificadora reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) pode representar, e não no temor maior sentido [...]. Por isso, é necessário que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade inexistente em arma descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo. Enfim, a potencialidade lesiva e o perigo que uma arma verdadeira apresenta não existem nos instrumentos antes referidos. Pelas mesmas razões, não admitimos a caracterização dessa qualificadora com o uso de arma inapta a produzir disparos, isto é, inidônea para o fim a que se destina” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial 5 – dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 500).

⁴⁵ Sempre há o risco de retrocesso, em virtude da sociedade contemporânea ser uma sociedade do risco. A jurisprudência está sujeita à vacilação: a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal asseverou que, para o perfazimento do crime de porte de arma de fogo, não importa se o artefato está ou não muniado ou, ainda, se apresenta regular funcionamento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Habeas corpus* nº. 96.922/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento 17 mar. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 abr. 2009).

⁴⁶ Mais recentemente, o mesmo debate teve lugar, dessa vez travado em torno do crime de porte ilegal de arma de fogo, tipificado na Lei nº 10.826/2003. Nesse tocante, recomenda-se a leitura de GOMES, Luiz Flávio. **Arma desmuniada. Perigo abstrato. Crime configurado. Críticas**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/03/19/arma-desmuniada-perigo-abstrato-crime-configurado-criticas/>>. Acesso em: 17 de maio de 2014.

pericialmente comprovado como ausente no caso, dada a sua ineficácia para a realização de disparos⁴⁷.

Portanto, a circunstância agravante do emprego de arma de fogo só restará tipificada se o artefato utilizado pelo agente for relativa ou absolutamente eficaz para efetuar disparos. Como apontado, deve prevalecer a corrente objetiva, que, inclusive, levou ao cancelamento da Súmula 174/STJ⁴⁸. Logo, de modo a não restarem dúvidas, para a aplicação do inciso I, § 2º, art. 157 do CP, deve haver idoneidade lesiva do instrumento, autorizando a exasperação da pena, e assim vem decidindo, de forma majoritária⁴⁹, conforme Informativo de Jurisprudência 511 do STJ:

DIREITO PENAL. ROUBO. MAJORANTE. PERÍCIA QUE CONSTATA INEFICÁCIA DA ARMA DE FOGO. A majorante do art. 157, § 2º, I, do CP não é aplicável aos casos nos quais a arma utilizada na prática do delito é apreendida e periciada, e sua inaptidão para a produção de disparos é constatada. O legislador, ao prever a majorante descrita no referido dispositivo, buscou punir com maior rigor o indivíduo que empregou artefato apto a lesar a integridade física do ofendido, representando perigo real, o que não ocorre nas hipóteses de instrumento notadamente sem potencialidade lesiva. Assim, a utilização de arma de fogo que não tenha potencial lesivo afasta a mencionada majorante, mas não a grave ameaça, que constitui elemento do tipo “roubo” na sua forma simples. Precedentes citados: HC 190.313-SP, DJe 4/4/2011, e HC 157.889-SP, DJe 19/10/2012. HC 247.669-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 4/12/2012⁵⁰.

Tudo isso é de central relevância. É imprescindível que se adote a corrente objetiva, conforme demonstrado, porque, para incidência do dispositivo, deve haver periculosidade do instrumento, ofensividade. Para provar esta periculosidade, por sua vez – algo que é interesse do órgão acusatório –, carece-se de exame técnico sobre a arma. Destarte,

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº 190.067/MS. Relator: Ministro GILSON DIPP. T5 - QUINTA TURMA. Julgamento 26 jun. 2012. **Diário da Justiça**, 07 dez. 2010.

⁴⁸ Os argumentos para a revogação da súmula são particularmente interessantes. Dentre eles, destacam-se dois. Primeiro, a adoção da teoria subjetiva fere a individualização da pena. Seria desproporcional aplicar a majorante tanto para quem utiliza arma com potencial letal como quem não utiliza. Não seriam, pois, igualmente reprováveis as condutas. Em outros termos, “O grau de censurabilidade de um fato penalmente relevante tem por base o ‘desvalor da conduta’ ou do ‘resultado’ (ambos compõem o injusto penal). Um crime cometido por motivo torpe, v.g., apresenta maior reprovabilidade porque a conduta é mais desvaliosa. Uma lesão corporal culposa que implique em deixar a vítima paraplégica é mais culpável porque o resultado é mais desvalioso. Quando há uma real graduação no injusto justifica-se maior pena, mesmo porque cada um deve ser punido na medida da sua culpabilidade. No fundo, essa elementar regra, que está no art. 29 do CP, nada mais é que expressão do princípio da proporcionalidade. Considerando que a arma de brinquedo ‘não denota maior risco à vítima ou periculosidade maior na conduta do agente’, nada acrescenta de peculiar relevância ao conteúdo do injusto, de tal modo a justificar qualquer agravamento especial da pena. Sendo assim, e comparando-se a arma de brinquedo com a verdadeira, o agravamento da pena em relação àquela resulta flagrantemente desproporcional” (GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, W. T. de. **Lei das armas de fogo**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 251).

Em segundo lugar, ao se exasperar a pena com base no potencial intimidador, como pretende a corrente subjetiva, incorre-se inevitavelmente em *bis in idem*, isto é, pune-se a intimidação por duas vezes, o que é vedado pela sistemática democrático-constitucional brasileira. Já que o crime de roubo compõe-se também pela ameaça, já levada em conta no tipo, não há modo de se elevar a pena utilizando-se desse mesmo fator. Não fosse assim, seria possível, por exemplo, uma condenação por roubo e pelo crime autônomo de ameaça, o que claramente seria teratológico. Em resumo, pode-se dizer que o reconhecimento da majorante em tal caso (ausência de potencialidade) viola o princípio da ofensividade e, portanto, não autoriza a aplicação da causa especial de aumento de pena.

⁴⁹ Por amostragem, citam-se ainda os seguintes julgados do STJ, todos da relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura: AgRg no HC 128.519/SP; o HC 93.815/RJ e o HC 72.047/RJ.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº. 511/STJ**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270511%27>>. Acesso em: 18 de maio de 2014.

a decorrência lógica da adoção da corrente objetiva é que haverá necessidade de exame pericial em referido artefato, pois é o único meio possível de atestar sua eficácia, cabendo esse ônus probatório ao Ministério Público.

De acordo com essa mesma orientação, julgou-se o HC. nº. 59.350/SP, do STJ, que restou assim ementado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. 1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, **tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n. 174 deste Sodalício**. 2. Sem a apreensão da arma de fogo e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física. 3. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento. 4. Ordem concedida⁵¹.

Nesse julgamento, é particularmente importante o voto-vista da ministra Maria Thereza de Assis Moura. Nele, se fazem interessantes considerações acerca da correlação entre a anulação da Súmula 174 e o problema da necessidade de exame técnico capaz de demonstrar a lesividade da arma, corroborando e sintetizando os argumentos aqui dispendidos. Nas palavras da ministra:

[...] A necessidade de apreensão e de perícia da arma de fogo no delito em exame possui a mesma raiz hermenêutica que inspirou a revogação da Súmula n. 174, desta Corte. Ora, a referida Súmula que, anteriormente, autorizava a exasperação da pena quando do emprego de arma de brinquedo no roubo tinha como embasamento teoria de caráter subjetivo. Autorizava-se o aumento da pena em razão da maior intimidação que a imagem da arma de fogo causava na vítima.

A Súmula também foi questionada com o advento da Lei n. 9.437/97, que criou o delito de uso de arma de brinquedo para a prática de crimes, que deu azo a imputações acoimadas de *bis in idem*: roubo com emprego de arma e crime de uso de arma de brinquedo (revogado pela Lei n. 10.826/2003). No entanto, o fator preponderante que levou à alteração do norte jurisprudencial foi a alteração no critério, passou-se de um exame subjetivo para um objetivo. Então, em sintonia com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, imanente ao Direito Penal do fato, próprio do Estado Democrático de Direito, a tônica exegética passou a recair sobre a afetação do bem jurídico. Assim, reconheceu-se que o emprego de arma de brinquedo não representava maior risco para a integridade física da vítima; tão só gerava temor nesta, ou seja, revelava apenas fato ensejador da elementar ‘grave ameaça’.

Do mesmo modo, não se pode incrementar a pena de forma desconectada da tutela do bem jurídico ao se enfrentar a hipótese em exame.

Pontue-se: (i) Sem a apreensão, como seria possível dizer que a arma do paciente não era de brinquedo ou se encontrava desmuniada? (ii) Sem a perícia, como seria possível dizer que a arma do paciente não estava danificada? Logo, à luz do conceito fulcral de interpretação e aplicação do Direito Penal - o bem jurídico - não se pode majorar a pena pelo emprego de arma de fogo sem a apreensão e a realização de perícia para se determinar que o instrumento utilizado pelo paciente, de fato, era uma arma de fogo, circunstância apta a ensejar o maior rigor punitivo.

Logo, à luz do conceito fulcral de interpretação e aplicação do Direito Penal - o bem jurídico - não se pode majorar a pena pelo emprego de arma de fogo sem a

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 59.350/SP. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Julgamento: 24 nov. 2006, T6 - Sexta Turma. **Diário da Justiça**, 28 maio 2007, sem destaque no original.

apreensão e a realização de perícia para se determinar que o instrumento utilizado pelo paciente, de fato, era uma arma de fogo, circunstância apta a ensejar o maior rigor punitivo⁵².

Apesar de todas essas considerações, como sabido, não é isso que prevalece na jurisprudência no que diz respeito à necessidade de perícia no instrumento utilizado para cometer o delito de roubo.

2.2 Necessidade de apreensão da arma e a jurisprudência dos tribunais superiores

Pois bem, o grande problema, como já mencionado, é que, para os tribunais superiores, a aplicação da majorante do uso de arma no crime de roubo prescinde da apreensão e respectiva perícia no instrumento. Isso não só viola a presunção de inocência, como também se mostra extremamente contraditório, em termos técnicos: impõe-se que o instrumento tenha algum potencial lesivo para majorar a pena, mas se exaspera esta ainda que essa lesividade não fique caracterizada e devidamente comprovada. Apesar de paradoxal, é esse o posicionamento que vem prevalecendo.

Para ficar mais claro: como visto, a linha de pensamento adotada é de fundamental importância. Ora, em virtude de, segundo a corrente subjetiva, independente da virtual lesividade, configurar-se a majorante, pouca ou nenhuma relevância assumiria o exame no instrumento do crime. Em todo caso, aumentar-se-ia a pena. Nesse panorama, seria completamente dispensável a apreensão e decorrente perícia na arma de fogo para demonstração de lesividade, pois se prescindiria dessa. Acertadamente, entretanto, o STJ vem adotando a linha objetiva, desde o cancelamento da Súmula 174, o que à época representou uma guinada jurisprudencial, praticamente pacificando essa questão no âmbito judiciário. E, no que diz respeito ao ônus da prova, reitere-se, o único meio idôneo a constatar a aptidão lesiva do artefato empregado no cometimento do crime é a apreensão e respectivo exame pericial. Inclusive, dessa maneira passou a decidir o STJ, no período imediatamente subsequente ao cancelamento da referida Súmula:

Se a intimidação com arma de brinquedo não autoriza a majoração da pena do delito de roubo (Súmula 174 do STJ cancelada), também não há de incidir a majorante se não houve comprovação suficiente de que a arma era verdadeira, uma vez que não foi apreendida⁵³.

⁵² Voto da ministra em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 59.350/SP. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Julgamento: 24 nov. 2006, T6 - Sexta Turma. **Diário da Justiça**, 28 maio 2007.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 17.030/SP da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento 28 nov. 2001. **Diário da Justiça da União**, 18 fev. 2002, p. 229

Claro, o ônus probatório recai sobre o órgão acusatório. No crime de roubo, na hipótese de a arma de fogo utilizada não ser apreendida e periciada, não haverá como aferir a sua eficácia lesiva, não existindo meios de a acusação provar que o instrumento utilizado para cometimento do delito detinha potencialidade lesiva. Restaria a ela, acusação, resignar-se em asseverar a ocorrência do crime de roubo simples, em virtude da inegável grave ameaça; ou ao magistrado não aplicar a majorante, quando ela ainda assim fosse postulada pelo Ministério Público sem o lastro probatório adequado. O poder intimidativo não basta para provocar a aplicação da causa de aumento de pena do emprego de arma. É necessário que a arma de fogo seja apreendida com a consequente perícia na mesma, a fim de ser constatada a objetiva periculosidade do objeto utilizado no crime de roubo.

Contudo, paradoxalmente, adota-se acertadamente a corrente objetiva, mas dispensa-se a acusação de provar a lesividade do instrumento do crime. Não sendo o artefato apreendido, valora-se isso em desfavor do acusado, o qual (absurdamente) tem que arcar com um ônus probatório que não lhe é devido, posição que prevalece. Nesse sentido, é muito interessante analisar o julgamento do EREsp. nº. 961.863/RS, *leading case*, em que se pretendeu pacificar a questão, bem como o histórico de julgados e posicionamentos que precedeu tal decisão, assim ementada:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I – Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II – Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela -- instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV – Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V – Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria⁵⁴.

É verdade que a questão da aplicação da majorante sempre foi controvertida no âmbito dos tribunais, celeuma de que não fogem nem STJ nem STF. No citado HC n.º

⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 961.863/RS. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Relator p/ Acórdão: Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção. Julgamento 13 dez. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 abr. 2011.

17.030/SP, do STJ, v.g., logo em seguida ao cancelamento da Súmula 174/STJ, afirmou-se que a intimidação com arma de brinquedo não autoriza a majoração da pena do delito de roubo e, por isso, também não haveria de incidir a majorante sem comprovação suficiente de que a arma era verdadeira, porquanto não fora apreendida⁵⁵. Em julgamento pouco mais recente, o STJ voltou a se posicionar pela imprescindibilidade do exame técnico na arma para incidência do inciso I, § 2º, art. 157, CP, conforme seguinte ementa, no que é pertinente ao presente estudo:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFICÁCIA DA ARMA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. DECOTE DA CAUSA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A necessidade de apreensão da arma de fogo para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, decorre da revogação da Súmula n. 174, deste Sodalício. 2. **Sem a apreensão e perícia na arma, nos casos em que não é possível aferir a sua eficácia por outros meios de prova, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física [...]**⁵⁶.

No STF, por sua vez, já se decidiu pela necessidade de comprovação da potencialidade lesiva do instrumento do crime, via laudo pericial, em julgado da relatoria do ex-ministro Eros Grau:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA DE FOGO. REINCIDÊNCIA VALORADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E AGRAVANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. 1. A aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do CP somente é possível com a comprovação, via laudo pericial, da potencialidade lesiva da arma de fogo. Precedente. 2. Inexiste *bis in idem* quando o juiz majora a pena-base com fundamento em uma condenação e a agrava com esteio em condenação diversa. Ordem parcialmente deferida⁵⁷.

⁵⁵ Ainda a esse respeito, traz ementa de outro importante julgado do STJ, no que interessa ao presente estudo:

ROUBO. FIGURA QUALIFICADA (EMPREGO DE ARMA). APREENSÃO DA ARMA (NÃO-OCORRÊNCIA [*sic*]). PROVA DO EMPREGO E DA EFICÁCIA DA ARMA (AUSÊNCIA). ÔNUS DA PROVA (ACUSAÇÃO). REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Se a arma não foi apreendida, a palavra da vítima, por mais respeitada que seja, não é suficiente para se ter, exclusivamente com base nela, por caracterizada a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do Cód. Penal (posição do Relator vencida). 2. A qualificadora supõe a apreensão, até porque é recomendável seja a arma submetida a perícia. A arma há de ter eficácia, e, a esse respeito, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação (posição do Relator vencida). 3. Segundo os votos vencedores, "é dispensável a apreensão da arma de fogo, se existem elementos outros, aptos a comprovar a efetiva utilização daquele instrumento" (HC-13.983, DJ de 20.11.00).[...] 6. Ordem de habeas corpus concedida em parte (vencido o Relator quanto à qualificadora). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 36.182/SP. Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Julgamento 16 dez. 2004. *Diário da Justiça*, 21 mar. 2005, p. 444).

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 90.915/SP. Relator: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma. Julgamento 25 fev. 2008. *Diário da Justiça*, 10 mar. 2008, p. 1, sem destaque no original.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 94.023/RJ. Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. *Diário da Justiça Eletrônico*, nº. 228, 04 dez. 2009.

Esse é o argumento lógico, haja vista que, reitere-se, em decorrência do princípio da presunção de não culpabilidade, não há como se atribuir ao réu as consequências da insuficiência probatória, constatação que é consecução direta dos princípios constitucionais do Processo Penal democrático, em especial a presunção de não culpabilidade e a carga probatória exclusiva do órgão acusatório, incompatíveis com a inversão do ônus probatório.

A despeito desses princípios, como dito, havia divergência entre a 5ª e 6ª Turmas do STJ quanto a questão. Por meio de sua 3ª Seção, por quatro votos a dois, e para evitar decisões díspares, resolveu-se unificar o entendimento a favor do reconhecimento da majorante. Ignorou-se o princípio da presunção de inocência em favor de uma suposta maior efetividade da persecução criminal, quando se estabeleceu caber ao réu, se lhe interessar, provar que o artefato utilizado para cometimento do crime é desprovido de potencial lesivo⁵⁸.

Esse, portanto, é o entendimento que acabou por prevalecer, e que vem sendo aplicado após a uniformização da jurisprudência⁵⁹, dado pela Terceira Seção da Corte de Justiça. O desacerto é grave, porquanto a inversão do ônus da prova nesse posicionamento é latente. Parece, entretanto, que razões de política criminal orientam-no, tentando, os tribunais, resolverem a equação eficiência da repressão estatal *versus* direitos fundamentais, apresentando solução que pende demasiadamente para o lado daquela. A essa tentativa de solução dá-se uma roupagem de legalidade, legitimando essas mesmas decisões com base,

⁵⁸ Reiteramos que o *leading case* para essa mudança foi o já citado REsp. nº. 961.863/RS, do qual se interpuseram embargos divergentes, pelo que se decidiu o seguinte:

ROUBO. MAJORANTE. ARMA.

A Seção, ao prosseguir o julgamento, entendeu, por maioria, conhecer dos EREsp, apesar de o acórdão colacionado como paradigma advir do julgamento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No mérito, firmou, também por maioria, que a aplicação da majorante constante do art. 157, § 2º, I, do CP não necessita da apreensão e da perícia da arma utilizada na prática do roubo se outros meios de prova evidenciarem seu emprego, por exemplo, os depoimentos dos condutores, da vítima e das testemunhas, ou mesmo quaisquer meios de captação de imagem. Anotou que essa exigência de apreensão e perícia da arma não decorre da lei, que recentes precedentes do STF têm a arma, por si só, como instrumento capaz de qualificar o roubo desde que demonstrada sua utilização por qualquer modo (potencial lesivo *in re ipsa*) e que, por isso, cabe ao imputado demonstrar a falta de seu potencial lesivo, tal como nas hipóteses de arma de brinquedo, defeituosa ou incapaz de produzir lesão (art. 156 do CPP). Precedentes citados do STF: HC 96.099-RS, DJe 5/6/2009, e HC 104.984-RS, DJe 30/11/2010. EREsp 961.863-RS, Rel. Originário Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Rel. Para acórdão Min. Gilson Dipp, julgados em 13/12/2010. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº. 460/STJ**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270460%27>>. Acesso em: 18 de maio de 2014).

⁵⁹ Por todos, veja-se HC 197.118/AC, do STJ, cuja ementa segue:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. ADMISSIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANTECEDENTE NEGATIVO. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. 1. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento dos EREsp-961.863/RS (julgado em 13.12.2010), para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia. 2. Em casos que tais, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas. 3. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito. 4. Na espécie, tem-se que a pena-base foi aplicada fundamentadamente acima do mínimo legal em conta da existência de antecedente negativo, consubstanciado em condenação definitiva por roubo, registro este distinto daquele levado em consideração para efeito de reincidência, não havendo falar em *bis in idem*. 5. A Sexta Turma desta Corte orienta-se no sentido de permitir a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Precedentes. 6. Ordem parcialmente concedida. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 197.118/AC. Relator: Ministro Og Fernandes, Sexta Turma. Julgamento 07 abr. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 27 abr. 2011, sem destaque no original).

principalmente, na alegação de que, cotejando-se os arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, chegar-se-ia à conclusão segundo a qual o exame de corpo de delito seria dispensável, conforme também vem decidindo a Suprema corte após o *leading case* do STJ:

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Vigora no Direito brasileiro e no Direito contemporâneo em geral o princípio da livre convicção. 2. O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal – emprego de arma de fogo – prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo por outros meios de prova. Inteligência dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal brasileiro. Precedente do Plenário (HC 96.099/RS). 3. Recurso ordinário em habeas corpus não provido⁶⁰

É assim que, no trato da questão, em muitos momentos, discute-se a possibilidade de se provar por outros meios o potencial lesivo da arma (necessário, reiterar-se, já que o posicionamento é pela adoção da corrente objetiva) e aí reside a discussão acerca dos arts. 158 e 167 do CPP. De fato, a celeuma sobre o tema tem inegável aspecto processual, sobre qual o meio adequado para fazer prova da lesividade da arma, de modo que o principal argumento para a inversão do ônus probatório no caso em estudo diz respeito às regras processuais cabíveis, sobretudo provas em espécie, como exemplifica o seguinte julgado:

Habeas Corpus. 2. Roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo. Prescindibilidade da apreensão e perícia da arma para caracterizar a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, **se por outros meios de prova restar comprovado o seu emprego na prática criminosa**. 3. Precedentes do Plenário. 4. Ordem denegada⁶¹.

Ocorre que, no Brasil, adota-se o princípio do livre convencimento motivado⁶² do julgador para decidir a questão que se lhe é posta⁶³, princípio propriamente processual que consagra, em última análise, a rejeição de dois sistemas de gestão de prova: o da prova tarifada e o da íntima convicção. Quando o juiz julga, não há *a priori* limites e regras abstratas de valoração da prova (como no sistema legal de provas), não podendo ele, tampouco, se eximir de fundamentar a convicção formada (como na íntima convicção), o que afasta também o decisionismo. Segundo Aury Lopes Jr., esse livre convencimento é muito mais limitado do que livre⁶⁴, o que se justifica na medida em que se trata de poder e, no jogo

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas-corpus* nº. 113.771/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgamento 19 mar. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, nº. 66, 11 abr. 2013.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 104.984/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento 19 out. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 nov. 2010. Sem destaque no original.

⁶² Eis o que dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

⁶³ Ressaltando-se que o juiz não pode se esquivar de julgar, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

⁶⁴ Cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 578-581.

democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Daí a necessidade de controle, própria da democracia, como já explicado, possibilitado justamente pela motivação judicial.

Esse controle está presente, por exemplo, na exigência que faz o Código de Processo Penal em seu art. 158, segundo o qual, tratando-se, a acusação, de crime não transeunte⁶⁵, seria obrigatória a realização de exame de corpo de delito⁶⁶. Na sua falta, haveria nulidade absoluta⁶⁷. Destaque-se que a lei não define esses vestígios, que, em termos periciais penais, possui conceito bastante abrangente, podendo ser definido como todo e qualquer sinal, marca, objeto, situação fática ou ente concreto sensível, potencialmente relacionado a uma pessoa ou a um evento de relevância penal, ou presente em um local de crime, seja este último mediato ou imediato, interno ou externo, direta ou indiretamente relacionado ao fato delituoso⁶⁸. Na aplicação do inciso I, § 2º, art. 157 do Código Penal, o vestígio seria justamente o instrumento do crime a ser periciado.

E o que argumenta a jurisprudência sobre o tema? O argumento principal, a partir do *leading case* apontado, é que esse exame não é necessário, pois há previsão legal para isso. O que se costuma apontar para afirmar que tal exigência legal poderia ser afastada seria determinada interpretação sistemática do Código de Processo Penal, cotejando-se os arts. 158 e 167. Assim, não sendo possível o exame de corpo de delito, por terem desaparecido os vestígios – a arma, no caso –, a prova testemunhal pode suprir a perícia (art. 167, CPP). Desse modo, para quem defende a desnecessidade de laudo pericial que comprove a lesividade da arma, dispositivos do Código de Processo Penal prevaleceriam sobre o princípio consagrado na Constituição de 1988 da presunção de inocência e sob todo o argumento democrático alicerce desta⁶⁹. O que é pior: esse argumento processual é falho em si.

De saída, percebe-se que o art. 167 somente faz referência à prova testemunhal, e a jurisprudência extrapola para “outros meios de prova”, por meio de uma analogia *in malam partem*⁷⁰. Não bastasse, há uma peculiaridade de fundamental importância

⁶⁵ Delitos não transeuntes são aqueles que deixam vestígios (*delicta facti permanentis*).

⁶⁶ *In verbis*, “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

⁶⁷ O Código não especifica sobre o que incide a nulidade, apenas asseverando, no art. 563, que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Entende-se, contudo, que, na falta de exame pericial, seria o caso de trancamento do processo, já que, como se explicará, falta prova da materialidade do delito.

⁶⁸ DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues *apud* SOUZA, Fernando César da Costa. **Cadeia de custódia de evidências**: influência no laudo pericial e processo judicial. P. 4. Disponível em <<http://www.cpgls.ucg.br/ArquivosUpload/1/File/V%20MOSTRA%20DE%20PRODUO%20CIENTIFICA/SAUDE/53.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

⁶⁹ Lembrando que o Código de Processo Penal, (Decreto-Lei nº 3.689, de 1941), foi editado na Era Vargas, sob a Égide da outorgada Constituição de 1937 – também conhecida como Polaca, por ter sido baseada na então constituição autoritária da Polônia, Carta ditatorial polonesa de 1935 –, sendo reconhecidamente baseado no Código Rocco (código da Itália Fascista).

⁷⁰ Importante fazer um adendo no sentido de que a doutrina majoritária distingue normas penais puras das mistas e das processuais penais puras. Para estas últimas, valeria o princípio da imediatidade, sendo aplicadas independente de serem mais gravosas ou não, a lei vigente, também admitindo analogia *in malam partem*. Entendemos que *lei penal* é gênero, que abrange as espécies *lei penal material* e *lei penal*

no exame de corpo de delito, ignorada no julgamento paradigmático em questão. É que a própria materialidade da conduta infracional não transeunte depende de exame técnico. Por isso que, na sua falta, atribui-se nulidade absoluta ao processo. Trocando em miúdos, a tese de potencial lesivo *in re ipsa* – de lesividade presumida do instrumento do crime, capaz de afastar o exame técnico – é falha, pois é contestável mesmo se a prova testemunhal serviria, ante questão tão eminentemente técnica quanto a aptidão do instrumento do delito, que carece do exame pericial, único meio de prova da materialidade. Sem o exame, não há materialidade.

A esse respeito, como é cediço, o corpo de delito é exame técnico que constitui a própria materialidade de uma conduta infracional, dado que comporta a análise de seus vestígios. Assim, erro decorre da afirmação de que o exame de corpo de delito, no caso em tela, pode ser dispensado, porque a questão – potencial lesivo da arma, cuja verificação é cogente à incidência da causa especial de aumento de pena – é eminentemente técnica, exigindo um laudo técnico que constate a eficácia da arma⁷¹. Pode-se afirmar, assim, que tal exame, em regra, é indispensável para a demonstração da materialidade nos casos de crimes que deixam vestígios. Esta é a conclusão decorrente da exegese do art. 158 do CPP, que constitui uma exceção ao princípio adotado do livre convencimento motivado. Quanto ao art. 167 do CPP, apenas nos casos de inviável realização do exame, se admite sua substituição, somente pela prova testemunhal.

Assim, no próprio argumento legal-processual, incorre em erro a jurisprudência do STJ, haja vista que, já de início, somente a prova testemunhal poderia ser aceita (não “outros meios de prova”). Mas, como se está diante de questão eminentemente técnica, quando muito, a prova testemunhal poderia servir em situações deveras excepcionais, *sui generis*⁷². Isso tudo, ressalte-se, quando for impossível a realização da prova pericial. Nesse sentido, constitui decisão muito mais coerente a seguinte (que, tal qual o art. 167 do CPP, refere-se tão só à prova testemunhal):

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. VIOLAÇÃO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. NECESSIDADE

processual, regidas pelo mesmo princípio fundamental, de modo que às normas processuais também se aplicam a retroatividade da lei mais benéfica e a vedação à aplicação analógica *in malam partem*, princípios que só não se aplicariam a leis meramente procedimentais, de conteúdo neutro. Nesse sentido, cf. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281-286.

⁷¹ Em outras palavras, “o exame de corpo de delito é a perícia feita sobre os elementos que constituem a própria materialidade do crime. Daí por que sua presença ou ausência afeta a prova da própria existência do crime e gera uma nulidade absoluta do processo (art. 564, III, ‘b’)” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 617/618). Veja-se que o dispositivo da alínea “b” do inciso III do art. 564 do CPP é peremptório, cominando nulidade absoluta à não observância do art. 158, não podendo ser sanada nem mesmo pela juntada aos autos posterior à prolação da sentença da prova. A presença do laudo é cogente na sentença, porque, sem ele, não há prova da materialidade. Nesses casos, não há convalidação.

⁷² Imagine-se o exemplo de o agente dar um tiro para o alto quando pratica o roubo

DE LAUDO PERICIAL. ARTIGOS 158 E 167 DO CPP. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.

I - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP. II - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC).

III - O exame de corpo de delito, em regra, é indispensável quando a infração deixar vestígios. Não obstante, sendo inviável a realização de tal exame, poderá a prova testemunhal suprir-lhe a falta (arts. 158 c/c 167, CPP). No presente caso, era perfeitamente viável a realização de tal exame. Além do mais, a constatação de eventual violação a obstáculo, no caso concreto, demandaria inevitavelmente incursões em matéria fático-probatória (v.g. prova testemunhal), o que é vedado na presente via. (Súmula n.º 07 - STJ).

Recurso parcialmente provido⁷³.

Em síntese, a substituição pela prova testemunhal deve constituir exceção, uma vez que a questão do poder lesivo da arma é eminentemente técnica e sua materialidade se afere pela perícia. Em situações extremas, somente, poderia ser admitida sua substituição.

Malgrado os erros processuais e legais apontados dessa tese e embora ela fira o princípio de presunção de inocência previsto na Constituição (e, por tabela, atinja a lógica democrática, quando se inverte o ônus), continua sendo ela a tese prevalecente⁷⁴, de tal sorte que insta, por fim, buscar o porquê de os tribunais perpetrarem essa inversão. Parte da resposta já foi esboçada. É uma clara tentativa de se resolver a equação direitos individuais x eficiência da persecução criminal, que acaba pendendo demasiadamente para um dos lados. Para uma resposta mais completa, contudo, é necessário se discriminar todo o conjunto social que acaba por permitir a aplicação desse “instituto”, haja vista que tal inversão pode ser encarada como um sintoma direto do quadro social. É importante, pois, mostrar esse panorama e como ele influencia esse posicionamento jurisprudencial consolidado.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 836.128/RS, 5ª Turma, Relator: Ministro Félix Fischer, julgamento em 22 maio 2007. **Diário da Justiça**, 06 ago. 2007, p. 656. Sem grifo no original.

⁷⁴ Destaque-se ainda o salto argumentativo que se deu no julgamento do EREsp. 961.863/RS, que acaba passando despercebido. Tentou-se fugir ao argumento constitucional, restringindo o debate somente ao âmbito processual e referendando a velha prática de se interpretar a Constituição à luz dos códigos legais, com a análise dos arts. 158 e 167 do CPP, deixando a inversão velada – afinal de contas, o tribunal só estaria aplicando uma regra, segundo uma interpretação possível. Note-se que o art. 167 do CPP refere-se somente à prova testemunhal, que pode substituir o exame pericial, caso esse seja inviável, e o art. 158 rejeita expressamente que a confissão supra a ausência de tal exame; todavia, o que ficou decidido extrapolou a discussão delimitada por esses dispositivos: “cabe ao imputado demonstrar a falta de seu potencial lesivo [do instrumento], tal como nas hipóteses de arma de brinquedo, defeituosa ou incapaz de produzir lesão (art. 156 do CPP)”. Não se está admitindo que outros meios probatórios sirvam à comprovação do potencial lesivo da arma para incidência da majorante; pelo contrário, exige-se do réu que comprove a não lesividade do instrumento. Ao invés de presumir a inocência, presume-se a lesividade do instrumento. Nesse diapasão, seria menos problemático afirmar que a perícia no artefato é dispensável para exasperação da pena ante, por exemplo, a existência de prova testemunhal – imagine-se que tenha havido um disparo para o céu e testemunhas confirmem isso. Não foi o que ocorreu. A justificativa foi no sentido processual; o dispositivo, todavia, extravasou os limites da argumentação – daí o salto argumentativo, já que se afirma que “cabe ao réu, se assim for de seu interesse [...]”. Culmina-se, por fim, na errônea afirmação de que a lesividade do artefato “se encontra *in re ipsa*”, como no HC nº 102.263/SP, do STF, relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, violando-se o *in dubio, pro reo* e extrapolando-se o debate sobre os meios de prova. Chega-se até a voltar à corrente subjetiva: “o poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 163.253/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma. Julgamento 05 abr. 2011, **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 abr. 2011). Nesse mesmo sentido, citam-se, por amostragem, os seguintes julgados, todos do STJ, da relatoria do ministro Jorge Mussi: HC nº 193.306/SP; o HC nº 195.085/SP; o HC nº 183.773/DF e o HC nº 203.896/RJ. Por fim, sobre o valor probatório depoimento da vítima, recomenda-se a leitura de LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo, p. 686-702, em que o autor trata dos perigos da prova testemunhal, abordando o paradigmático caso Escola Base.

3. Contexto social: possíveis razões para o posicionamento dos tribunais superiores quanto à aplicação da majorante do emprego de arma nos crimes de roubo

Uma vez demonstrada o funcionamento do processo penal e os princípios que a norteiam, sobretudo no tocante ao ônus da prova, bem como o modo que se dá a inversão do ônus da prova na jurisprudência dominante dos tribunais superiores, nos casos de emprego de arma nos crimes de roubo, é curioso se perceber o panorama social, e em que medida o processo penal é permeado por esse quadro. Dessa maneira, se faz necessária uma análise social no tocante ao discurso penal e processual penal (que acabam se confundindo no seio social), destacando-se como é sua reprodução pela sociedade e como o discurso social é nele – processo penal – reproduzido. Assim, são imprescindíveis algumas considerações sobre o direito penal na sociedade, que fornecerão um melhor entendimento, por fim e por tabela, da inversão do ônus da prova no processo penal. Busca-se, portanto, pela análise do social, apontar possíveis razões para a posição que adotam os tribunais superiores no trato da questão objeto de estudo deste trabalho, e, para isso, é importante uma breve digressão histórica.

3.1 O direito penal na sociedade como dado: pequeno histórico das punições e o discurso punitivista contemporâneo

O direito penal e a pena são uma realidade, são uma característica de qualquer arranjo social de que se tem notícia. Desde as formas de organização mais primitivas de sociedades se tem a figura da pena, do castigo. Todas as formas de organização social humanas tiveram presente a marca da punição. É possível, contudo, perceber uma evolução – ou melhor, transformação⁷⁵ – da maneira pela qual se pune, desde a remota punição privada, passando-se pela chamada “Lei do Talhão”, por grandes “festas de punição”⁷⁶ promovidas pelo Estado-Nação, ou Estado Moderno (à época da sociedade do espetáculo⁷⁷, conforme

⁷⁵ Destaque-se que rejeitamos, aqui, uma filosofia da história, isto é, uma história linear, causal e consequencialista, subordinada, por exemplo, ao poder econômico. Estamos com Ferrajoli, quando este afirma que não foi propriamente uma evolução a pena substituir a vingança privada – fora, antes, uma negação, haja vista que a história do direito penal e da pena é uma longa luta contra a vingança. Segundo o próprio Ferrajoli, “com efeito, historicamente, o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como negação da vingança, em descontinuidade e em conflito com a mesma e não em continuidade, justificando-se não com o propósito de garanti-la, mas com aquele de impedi-la”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 269).

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhere. 39ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 13.

⁷⁷ *Idem, Ibidem*.

chamou Michel Foucault) que se consolidava até a punição moderna: a pena privativa de liberdade. E o processo penal transformou-se conforme a pena⁷⁸.

A referência a essa brevíssima digressão histórica das punições é de suma importância. Estudar a história da pena⁷⁹ é compreender os conceitos firmados nas garantias fundamentais, trazendo à tona a tendência de humanização⁸⁰ da pena ao longo da história, princípio que vai ganhando força no discurso jurídico. Fundamentalmente, o direito penal moderno começa a tomar corpo e forma, diferindo-se melhor da velha vingança, quando ponderações racionais passam a prevalecer sobre emoções⁸¹, por mais justas que estas sejam, de tal sorte que se sedimentou, afinal, a ideia de que “o Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo”⁸². Ou seja, “[...] a lei penal protege, em primeiro plano, o interesse da ordem jurídica geral, cujo titular é o Estado e, secundariamente, o interesse do particular”⁸³.

A partir daí, e após a superação desse modelo clássico de direito penal, no ocidente, teve lugar uma grande discussão, sobretudo no âmbito jurídico, a respeito de qual é a função (ou são as funções) da pena: prevenção geral e especial, ressocialização, pura segregação, caráter pedagógico. O traço em comum que perpassou todo esse debate foi o pensamento de que a pena tem que ser proporcional ao delito, não sendo legítimo simplesmente punir por punir. Assim, chegou-se ao direito penal contemporâneo:

As transformações operadas na realidade social contemporânea diante do fenômeno da globalização econômica e do avanço tecnológico trazem em seu bojo a reocupação cada vez mais crescente com novas formas de criminalidade, ínsitas à sociedade de risco que se configura. Neste contexto, tornou-se “senso comum” no discurso jurídico-penal brasileiro contemporâneo a afirmação de que **a intervenção penal pautada na teoria “clássica” do delito mostra-se obsoleta** e, portanto, incapaz de fazer frente às novas formas assumidas pela criminalidade, dado que cada vez mais, nas sociedades modernas, surgem interesses difusos, muitos deles intangíveis, a reclamar proteção do Estado⁸⁴.

⁷⁸ Acerca da transformação das formas de produção da verdade, cf. FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

⁷⁹ Para maiores considerações sobre a história da pena, sua relação com princípios e destes entre si, cf. SILVA, Marcos Fonseca da. **A pena: dos primórdios a Beccaria**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3095> Acesso em: 08 de maio de 2014.

⁸⁰ A esse respeito, a Constituição Federal de 1988 impõe sucessivamente, por exemplo, nas diversas alíneas do art. 5º, inciso XLVII, a proibição de que não haverá penas de morte (salvo em casos de guerra declarada); de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e penas cruéis.

⁸¹ Não à toa, o marco de inauguração do direito penal moderno costuma ser apontado como a obra “Dos Delitos e das Penas”, de Beccaria, quando estava em voga o paradigma da razão iluminista.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal I – parte geral**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial 5 – dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

⁸⁴ WERMUTH, Maiquel Dezordi Ângelo. **A dimensão desumana do direito penal brasileiro contemporâneo: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares**. 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33260/public/33260-42322-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 de maio de 2014. Sem destaque no original.

Contudo, hodiernamente, o que se vê, *a contrario sensu*, é uma sociedade cada vez mais marcada pela sede punitivista, em busca da vingança da qual aos poucos se abriu mão ao longo da história⁸⁵. Adota-se um discurso tão extremo que chega a ser esquizofrênico: reclama-se que a prisão não ressocializa⁸⁶, porém, ao mesmo tempo, há um clamor popular para que o sujeito condenado pague por seus crimes, sofrendo com as condições inomináveis das prisões brasileiras. A contradição é evidente: reconhece-se que a prisão é uma “escola do crime”, como se costuma dizer, totalmente ineficaz, mas, mesmo assim, quer-se que o criminoso “apodreça na prisão”. Por fim, mina-se qualquer possibilidade de melhora: estabeleceu-se um sistema débil e, a partir dele e todas as suas falhas, afirma-se a ruína do sistema penitenciário. Ao invés de se pensar um sistema em colapso por causa da política adotada e do modo como ele foi (des)tratado ao longo de anos a fio, alega-se a falência do sistema *a priori*, o que torna desnecessária qualquer política que o trate de forma diferente da que ele merece enquanto falido, culminando em um círculo vicioso.

Constata-se, destarte, que o clamor popular por punição aos infratores da Lei tem contornos mais e mais definidos – e na contramão dessa perceptível tendência histórica de se humanizarem as penas. É o discurso da Lei e da Ordem, sendo que, para se garantir essa mesma Ordem, justifica-se o não reconhecimento de direitos fundamentais, por parte do Estado-juiz, ao indivíduo – aqui a violação da presunção de inocência pelos tribunais superiores, como demonstrado. Não raro se notam, no contexto social, frases do tipo “aqui se faz, aqui se paga” ou “olho por olho, dente por dente”, esta, referência à velha Lei do Talhão. Isso constitui um importante fator, que se reflete, muitas vezes, na aplicação do direito pelos tribunais. E o porquê da disseminação do discurso punitivista tem nome: insegurança ontológica.

3.2 Insegurança ontológica e a proliferação do discurso de violação aos direitos fundamentais, que encontra guarida no âmbito de aplicação do direito

A sociedade como um todo vive constantemente uma sensação de insegurança. Para demonstrar isso, algumas considerações são cogentes. Percebe-se, sob um

⁸⁵ Vide a quantidade de linchamentos que vêm ocorrendo recentemente, como noticiado no seguinte endereço eletrônico: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/05/jovem-revela-como-impediu-um-linchamento-rio-de-janeiro.html>. Acesso em 08 de maio de 2014.

⁸⁶ O que, no Brasil, é verdade: a taxa de reincidência no país é altíssima, como também são fortíssimas a estigmatização do ex-presidiário e a dificuldade de reinserção no seio social, todos fatores para a falência do sistema carcerário. Sobre o assunto, cf. GOMES, Luiz Flávio. **Presídios brasileiros geram “baixa produtividade”**: só 70% de reincidência. 2008. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080222142220145&mode=print>. Acesso em: 08 de maio de 2014.

prisma estritamente pragmático, que essa sede punitivista apontada, na qual se espelha o discurso de negação dos direitos fundamentais, ao arrepio da Lei, é ela mesma reflexo do desejo imanente de vingança de indivíduos. Estes, por sua vez, carecem de identificar em algo concreto – outros indivíduos, muito embora provavelmente jamais sequer os tenham visto – seus medos, ira, frustrações⁸⁷. Trata-se de uma insegurança ontológica, ou ainda existencial. É fundamentalmente a personificação do medo. O que ocorre hodiernamente é a proliferação de insegurança difusa, e a própria natureza das questões a serem confrontadas, como assinala Bauman, constitui-se em uma impossibilidade para soluções definitivas: “[...] pessoas que se sentem inseguras, preocupadas com o que lhes reserva o futuro e temendo pela própria incolumidade não podem realmente assumir os riscos que a ação coletiva exige”⁸⁸. Para a sociedade pós-moderna, paradoxalmente, a única coisa segura é a insegurança⁸⁹.

As consequências de tudo isso podem ser sentidas, sobretudo, na tendência a arranjar culpados⁹⁰. Esse estado de ânimo – medo permanente, que paira sobre as pessoas – permite projetar o que está nas partes “inferiores e desconfortáveis de nós mesmos” sobre o outro, “essencializando-o” e, finalmente, culpando-o por defeitos sociais sistêmicos. Daí, a “sede de justiça” se transforma em condenação sem processo, em exercício arbitrário das próprias razões, em inversão do ônus da prova e tolhimento da presunção de inocência... Em suma, acaba por institucionalizar-se e legitimar-se.

Deste modo, preparado está o terreno no qual prolifera o discurso que chancela uma permanente política de violação dos direitos humanos. Tem-se, fundamentalmente, um discurso punitivista, que exige a todo custo a manutenção da Lei e da Ordem; que insiste na ultrapassada máxima de que “os fins justificam os meios”. O medo torna extremamente atrativo o canto da sereia da consolidação do modelo do Estado de Exceção. A insegurança e a vulnerabilidade que pairam sobre a sociedade falseiam o problema para oferecer respostas incompatíveis com os valores democráticos e dos direitos fundamentais. Por conseguinte, questões da esfera pública tendem a se deslocar cada vez mais

⁸⁷ Nessa contextura, notam-se detalhes interessantes, como o fato de que o Código Penal protege muito mais a propriedade do que a vida. É que ele tem uma importante função: a comunicação de uma mensagem. Essa mensagem comunicativa da pena é o que vale para as pessoas que sofreram a injustiça. O desejo primário dessas é justamente querer que os perpetradores sofram um castigo. O Estado tem que passar a mensagem de que o fato ocorrido foi ilícito e de que ilicitudes serão necessariamente punidas. Do contrário, haverá uma perda de autoconfiança da vítima. Daí, extrai-se a conclusão de que a sensação de impunidade tem como uma de suas causas o agigantamento do direito penal – o Estado se propõe a punir mais condutas do que ele conseguiria punir satisfatoriamente (muitas das quais, irrelevantes penalmente), falhando escancaradamente na tentativa de punir todas elas e, em decorrência, frustrando esse desejo das vítimas de verem o infrator punido.

⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 2000, p. 13.

⁸⁹ HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Loyola, 1994, p. 103.

⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 2000, p. 13.

para o âmbito do direito penal, cuja solução – repressora e simbólica – induz o próprio mal que pretende curar, conduzindo à hipertrofia do Estado Penal.

3.3 Consequências sociais, penais e processuais penais da insegurança ontológica

A insegurança ontológica é explosiva, em suma, porque afeta sobremaneira a percepção individual do outro e sobre o outro. Se, no Estado Democrático de Direito, o outro é a pessoa ainda não integrada, que deve ser incorporado e reconhecido como sujeito de direitos, a manipulação da insegurança difusa subverte toda essa lógica, e o outro passa a ser percebido pela sociedade como ameaça, devendo ser isolado socialmente ou neutralizado quando o isolamento não for suficiente⁹¹. Por e para isso, qualquer violação às garantias fundamentais é não só aceitável, como legitimada. Buscando dar-se maior eficácia à persecução criminal, abre-se mão de princípios para efetivação da segurança⁹².

Como consequências concretas de todo esse panorama social - legitimador do Estado de Exceção e impositor do Estado Penal - no direito penal, a despeito dos princípios constitucionais, há a ampliação da intervenção repressiva estatal:

Diante desse quadro, [...] a consequência é a sua [do Direito Penal] incontida expansão, submetendo-o a cargas que não pode suportar. Enquanto outros ramos do Direito vivem momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou apenas regulamentação administrativa, no âmbito do Direito Penal se verifica o contrário: há cada vez mais tipos penais intangíveis e abstratos; também se incrimina [*sic*] variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social; a

⁹¹ Daí, respectivamente, o grande crescimento do clamor popular pela prisão perpétua e pela pena de morte.

⁹² Nesse tema, tem enorme importância a aplicação do princípio da proporcionalidade, que se traduz em uma tentativa de se resolver a equação, afirmando-se o poder de punir em detrimento dos direitos fundamentais (inclusive da presunção de inocência). Sobre o assunto, ótimo panorama é fornecido no trecho do voto do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, no julgamento do HC 95.009/STF, em que ele faz interessante análise crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelos tribunais em matéria penal, bem como dá o que deveria ser a tônica a nortear o debate eficiência punitiva x direitos individuais:

[...] 34. Tenho criticado aqui --- e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) --- a "banalização dos 'princípios' [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um 'princípio' superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de 'corrigir' o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios --- porque não reproduzem as suas características --- porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito".

No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual "não há direitos absolutos". E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.

35. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da "necessária atividade persecutória do Estado", a "supremacia do interesse público sobre o individual". Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo --- não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente --- não tem lugar em matéria penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que **a interpretação sistemática da Constituição "leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar"**. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: **em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão**. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 95.009/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento 06 nov. 2008, Tribunal Pleno. *Diário da Justiça Eletrônico*, nº. 241, 18 dez. 2008. Sem destaque no original).

supressão de limites mínimos e máximos na imposição das penas privativas de liberdade para aumentá-las indiscriminadamente; a relativização dos princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; a ampliação extraordinária da discricionariedade das autoridades policiais, permitindo-se, com isso, invadir esferas do Poder Judiciário; e **finalmente a redução de determinadas garantias processuais por meio da substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência e a consequente inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não prove a sua inocência.** O problema é que a tendência atual da política criminal centraliza a resposta à crise vivenciada na utilização da pena, como se não existissem outros mecanismos de controle social válidos, ou ao menos igualmente eficazes. Portanto, segue-se com a antiga política ultrapassada de criminalizar cada vez mais condutas, aumentar as penas das já existentes e sujeitar cada vez mais o indivíduo à pena de prisão, política já demonstrada ineficaz na teoria e na prática⁹³.

Indistintamente motivo e consequência desse mesmo problema, agrava a situação o desejo de uma excessiva estabilidade jurídica por parte das pessoas, que possuem um anseio mítico de segurança, e buscam essa segurança no juiz infalível⁹⁴. A respeito de todas essas considerações sobre o medo e a insegurança ontológica,

Em síntese, pode-se dizer que, no Brasil, a utilização do medo como instrumento de gestão e controle social das classes populares pode ser analisada sob uma dupla perspectiva: primeiramente, **o medo generalizado da violência gera um sentimento coletivo e cotidiano de insegurança, influenciando no processo de produção/alteração das normas penais**, colimando, por um lado, a “tranquilização” da sociedade frente aos perigos e, por outro, o restabelecimento na confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los por meio do Direito Penal. Não se buscam medidas eficientes no controle da criminalidade, mas sim medidas que “pareçam” eficientes e que, por isso, tranquilizam (papel simbólico) não somente os grupos privilegiados, mas a sociedade como um todo.

Em segundo lugar, tem-se o exacerbamento punitivo em nível normativo, com mais rigor nas penas e a quebra de garantias fundamentais (eficientismo), tendo por escopo legitimar a intervenção arbitrária e seletiva do sistema punitivo contra a sua clientela tradicional, composta preferencialmente por grupos socialmente excluídos, em relação aos quais o medo (da pena e dos agentes do sistema penal) torna-se instrumento de gestão social⁹⁵.

Portanto, as questões de imposição da segurança ao arrepio dos direitos fundamentais devem ser encaradas levando-se em conta esse importantíssimo aspecto da insegurança ontológica. Tendo esse aspecto em mente – e também os princípios já tratados do processo penal democrático –, tudo isso posto e delineado, entende-se melhor o problema da aplicação da majorante do uso de arma no crime de roubo, quando não apreendido o

⁹³ CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: **Política criminal, estado e democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 3, sem destaque no original.

⁹⁴ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 4ª. ed. Campinas: Millennium Editora, 2008, p. 18.

⁹⁵ WERMUTH, Maiquel Dezordi Ângelo. **A dimensão desumana do direito penal brasileiro contemporâneo**: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares. 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33260/public/33260-42322-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 de maio de 2014. Sem grifo no original.

instrumento do crime, caso concreto, na jurisprudência, de como se dão as consequências da insegurança difusa – nesse caso específico, invertendo-se o ônus da prova e passando-se por cima, principalmente, do princípio da presunção de inocência, em uma tentativa de se resolver a equação direitos fundamentais versus segurança, afirmando-se o poder de punir em detrimento de tal presunção.

Também o trecho transcrito do voto do ex-ministro Eros Grau no julgamento do HC. nº. 95.009/STF fornece importantes considerações quanto às causas do problema da aplicação da inversão. Mostra como o princípio da proporcionalidade é utilizado pelos tribunais para afirmar que tal ou qual direito (no caso penal, a liberdade) existe, mas, naquele determinado caso, não é aplicável, em face de outro, esvaziando-se os direitos fundamentais (repise-se: no caso em estudo, o princípio do *in dubio, pro reo* dá lugar à segurança). No trecho, aborda-se, ainda, a necessidade de prevalência da liberdade em face do poder-dever de punir estatal. Conforme consta do voto, a Constituição impõe a liberdade e os direitos fundamentais, porque esses não precisam de justificativa, são auto-evidentes – “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”⁹⁶ –, ante o direito de acusar, esse sim carente de justificativa⁹⁷.

Assim, pode-se compreender não só como se dá essa inversão, ou porque ela não se coaduna com os ditames constitucionais democráticos, mas também possíveis motivos que levam os tribunais superiores a inverter o ônus da prova no caso do inciso 1 do § 2º do art. 157, CP. Tribunais esses que, no mais, buscam, através de uma tentativa de fuga à discussão constitucional e principiológica, restringir a discussão somente ao âmbito processual, deixando a inversão, como dito na introdução, velada. Nada obstante, como demonstrado, mesmo o argumento processual utilizado para inverter o ônus da prova é falho em si mesmo, não autorizando, de maneira alguma, que se aplique a majorante do emprego de arma sem que se apreenda e pericie esse artefato. Isso porque, em última análise, levando-se em conta o *in dubio pro reo*, não há como se atribuir ao réu as consequências da insuficiência probatória (como é necessário reiterar). Ainda que o comando do *caput* do art. 156 do CPP seja de que a prova da alegação caberá a quem a fizer, é dever da acusação comprovar o alegado na exordial, que afirma a existência de um crime – logo, vale ressaltar, alega tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

⁹⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162.

⁹⁷ Relembrando, aqui, o princípio da necessidade, segundo o qual só é possível haver essa prevalência dos direitos fundamentais quando há o instrumento necessário tanto à imposição da pena, quanto à justa salvaguarda desses mesmos direitos: o processo penal.

Nesse diapasão, pertinente a anotação do desembargador então convocado para o STJ, ministro Celso Limongi, no voto vencido nos embargos de divergência no EREsp. nº. 961.863/RS:

É possível, como anota o Ministério Público Federal, que um agente, para subtrair a coisa, tenha feito uso de arma de fogo apta a disparar e, mesmo assim, à falta de prova dessa aptidão, deixe de ser condenado nesta medida. Neste caso, não se terá feito Justiça, pois a pena seria menor do que aquela que corresponderia à conduta, aspecto que, por certo, desagradará a acusação, sempre zelosa de seu *munus*. Mas o inverso é também possível, ou seja, alguém que faça uso de uma arma de brinquedo, ou defeituosa, ou até mesmo de um simulacro de arma, seja, por presunção de sua funcionalidade, condenado por roubo agravado pelo emprego de arma de fogo, e, aí, fez-se injustiça, porquanto a pena será maior do que a devida. Esta é a diferença de situações que nos cumpre discernir. O juízo penal condenatório não pode advir de presunção. Nem mesmo a Lei das Armas presume a funcionalidade de toda e qualquer arma de fogo. É por isso que o Direito Penal consagra o *in dubio pro reo*. A única presunção admitida pela Constituição, em tema penal, é *iuris tantum* de não culpabilidade. O resto é matéria de prova⁹⁸.

Tal fala, embora constante de tese que acabou vencida, é basicamente a síntese da análise do problema, enxergado segundo um viés democrático – o que é cogente. A única presunção admitida em uma democracia, em tema penal, é a de não culpabilidade, não se admitindo que se presuma a lesividade da arma, impondo ao réu provar que ela não possui potencial lesivo (se for de seu interesse). Na lógica democrática, não se admite a inversão do ônus da prova no processo penal, sob pena de se violar, invariavelmente, a presunção de inocência. Essa inversão é, portanto, incompatível com a Constituição e com o panorama maior que é por ela consagrado – a democracia.

Destarte, nos crimes de roubo, cabe ao Ministério Público provar o que afirma na denúncia, com os elementos próprios que o mesmo processo penal oferece, de modo a buscar a condenação. Em todo caso, não se admite a aplicação da majorante do emprego de arma de fogo sem que essa mesma arma seja devidamente apreendida e periciada. Nessa hipótese, como já afirmado alhures, restaria à acusação se resignar em asseverar a ocorrência do crime de roubo simples, em virtude da inegável grave ameaça, a qual, essa sim, independe de perícia, porque transeunte. Tudo isso em virtude da imposição democrático-constitucional de funcionamento do processo penal, para o qual forma é garantia – “quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia”⁹⁹.

⁹⁸ Voto do relator em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 961.863/RS. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Relator p/ Acórdão: Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção. Julgamento 13 dez. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 06 abr. 2011.

⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, procurou-se mostrar o desacerto de decisões, como os inúmeros julgados apontados do STF e principalmente do STJ, que invertem o ônus da prova no processo penal, com enfoque no caso da majorante do emprego de arma no crime de roubo. Buscou-se fornecer um ponto de vista diferente da crítica que normalmente tece a doutrina, realçando-se os contornos da lógica democrática, consagrada na Constituição, mas na qual ela mesma se embasa, e que não pode ser ignorada de forma alguma. Entretanto, tampouco se ignorou todo o panorama legal e processual que rege a questão, e sobre a qual recai a crítica doutrinária daqueles autores que procuram problematizar a questão.

Dessa forma, mostrou-se a incompatibilidade da inversão do ônus da prova com a democracia. A análise, quer constitucional, quer legal, quer ainda democrática, provou como não se dão Estado Democrático de Direito e inversão do ônus no processo penal, sendo equivocada a jurisprudência, capitaneada pelo EREsp. nº 961.863/RS, que atribui ao réu o fardo de provar, nos crimes de roubo, que o instrumento do crime não tinha potencial ofensivo, autorizando que se majore a pena mesmo que não realizada a perícia sobre o artefato. A presunção deve ser de inocência do réu, não de lesividade da arma.

Por isso, mostraram-se em pormenores os alicerces que embasam esse “instituto”, sob todo o aspecto penal e processual penal pertinente, a partir dos diversos conceitos e institutos próprios ao tema, delineando e apontando os erros em que se incorre quando se afirmam cada um desses argumentos, sempre retomando e atentando para o panorama maior, democrático constitucional, indissociável. Em outras palavras, o problema invariavelmente deve ser analisado à luz da Constituição e da Democracia, mas sem abrir mão dos vários conceitos penais necessários ao estudo do ônus da prova no processo penal, motivo pelo qual se trouxe o pensamento de vários autores da esfera penal de modo geral, trazendo, também, o pensamento de teóricos que se propõem a pensar criticamente assuntos atinentes ao tema, visceralmente ligados, como são os princípios processuais penais democráticos.

Em virtude dessas considerações, introduziu-se o estudo do tema com as questões principiológicas atinentes, com destaque para o princípio da presunção de inocência, mas não só, abordando os princípios decorrentes deste, como o ônus da prova exclusivo do órgão acusatório e o *in dubio, pro reo*, bem como os princípios da necessidade, do livre convencimento motivado. Com o panorama democrático que tais princípios fornecem, trabalhou-se de forma pormenorizada a inversão que ocorre na aplicação da majorante do emprego de arma no crime de roubo e sua incompatibilidade com a Constituição e com a

democracia, a partir da jurisprudência dos tribunais superiores. Isso sob enfoque eminentemente crítico, repisando sempre quando oportuno a abordagem democrático-principiológica, sem se olvidar de toda a técnica jurídica que o problema clama, desconstruindo o discurso que, pretendendo dar maior à segurança, custa muito caro à democracia, atropelando direitos fundamentais. Passou-se, por fim, aos aspectos sociais pertinentes. Isso com base em uma leitura que buscou a compreensão de como a dinâmica social influencia o discurso jurídico nesse ponto específico, levantando possíveis causas para a inversão que os tribunais superiores praticam, a partir do *leading case* do STJ (EREsp. nº 961.863/RS), analisando como esses aspectos sociais acabam constituindo terreno apropriado para o desenvolvimento da legitimação da inversão.

Foi desse modo que se objetivou pôr em evidência e em xeque a errônea, porém usual, prática de interpretar-se a Constituição à luz da legislação (no caso, do Código de Processo Penal), quando a interpretação deveria partir da Constituição, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico – e, por tabela, onde devem buscar sua legitimidade os códigos legislativos. Entendemos que, não obstante, diante de um panorama de insegurança difusa apontado, razões de política criminal orientam as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de inverter o ônus da prova nos crimes de roubo com majorante do uso de arma, tentando resolver a equação direitos fundamentais *versus* eficiência da persecução criminal, igualmente trabalhada no decorrer do presente texto. A questão reside em aceitarmos (ou não) se tais razões são suficientes a suplantar direitos fundamentais explicitados na Constituição Federal ou mesmo decorrentes desta – como demonstrado, não o são, dentro de uma lógica democrática em que se insere o Brasil.

Por derradeiro, é importante se sublinhar que a inversão do ônus da prova é um problema que adquire grande importância, justamente porque muitas vezes passa despercebido na prática judiciária, velado. Como se utilizam categorias da teoria geral do processo, próprias do processo civil, a excrecência da inversão acaba sendo legitimada, violando sobremaneira a presunção de inocência, que deve permear o processo penal. E o perigo das mitigações às garantias (de modo especial, para fins deste trabalho, as penais) é que se tornem regra amanhã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 2000.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Jurisprudência comentada: a criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré- iluminista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 98, p. 503, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal I – parte geral**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de direito penal. Parte especial 5 – dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código de processo penal: atualizado até 22.05.2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2014.

_____. Código penal: atualizado até 22.05.2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.350.744/ MG 2012/0228503-0 da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Julgamento: 27/11/2012, T5 - Quinta Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 836.128/RS, 5ª Turma, Relator: Ministro Félix Fischer, julgamento em 22 maio 2007. **Diário da Justiça**, 06 ago. 2007, p. 656.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 961.863/RS. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Relator p/ Acórdão: Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção. Julgamento 13 dez. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 17.030/SP da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento 28 nov. 2001. **Diário da Justiça da União**, 18 fev. 2002, p. 229.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 27.684-AM. Relator: Ministro Paulo Medina, Julgamento 15 mar. 2007, T6 - Sexta Turma. **Diário da Justiça**, 09 abr. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº 36.182/SP. Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Julgamento 16 dez. 2004. **Diário da Justiça**, 21 mar. 2005, p. 444.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 59.350/SP. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Julgamento: 24 nov. 2006, T6 - Sexta Turma. **Diário da Justiça**, 28 maio 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas-corpus* nº. 128.519/SP, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento 25 jun. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.367.491/PR. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 maio 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº 190.067/MS. Relator: Ministro GILSON DIPP. T5 - QUINTA TURMA. Julgamento 26 jun. 2012. **Diário da Justiça**, 07 dez. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 163.253/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma. Julgamento 05 abr. 2011, **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 197.118/AC. Relator: Ministro Og Fernandes, Sexta Turma. Julgamento 07 abr. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 27 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 72.047/RJ. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento 26 maio 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 90.915/SP. Relator: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma. Julgamento 25 fev. 2008. **Diário da Justiça**, 10 mar. 2008, p. 1.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 98.065/MA. Relator: Ministro Jorge Mussi, Julgamento: 21 set. 2010. T5 - Quinta Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 193.306/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário da Justiça**, 07 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 195.085/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário da Justiça**, 07 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 183.773/DF. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário da Justiça**, 07 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 203.896/RJ 2011/0084820-6. Relator: Ministro Jorge Mussi, T5 - Quinta Turma. Julgamento: 02 ago. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº. 93.815/RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **Diário da Justiça Eletrônico**, 31 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº. 511/STJ**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270511%27>>. Acesso em: 18 de maio de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº. 460/STJ**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270460%27>>. Acesso em: 18 de maio de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Habeas-corpus* nº. 96.922/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento 17 mar. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 104.984/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento 19 out. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 30 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* nº. 102.263/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. Julgamento 11 maio 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 4 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 84.078/MG . Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento 05 fev. 2009, Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 95.009/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento 06 nov. 2008, Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº. 241, 18 dez. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº. 94.023/RJ. Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº. 228, 04 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas-corpus* nº. 113.771/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgamento 19 mar. 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº. 66, 11 abr. 2013.

CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: **Política criminal, estado e democracia**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa e Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tibi vs. Equador (07.09.2004). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento mítico da autoridade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues *apud* SOUZA, Fernando César da Costa. **Cadeia de custódia de evidências**: influência no laudo pericial e processo judicial. P. 4. Disponível em <<http://www.cpgls.ucg.br/ArquivosUpload/1/File/V%20MOSTRA%20DE%20PRODUO%20CIENTIFICA/SAUDE/53.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

DOZE Homens e Uma Sentença (*Twelve Angry Men*). Diretor: Sidney Lumet (EUA, 1957). P&B

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2011.

_____. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhere. 39ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GOLDSCHMIDT, James *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Arma desmuniada. Perigo abstrato. Crime configurado. Críticas**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/03/19/arma-desmuniada-perigo-abstrato-crime-configurado-criticas/>>. Acesso em: 17 de maio de 2014.

_____. **Presídios brasileiros geram “baixa produtividade”**: só 70% de reincidência. 2008. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080222142220145&mode=print>. Acesso em: 08 de maio de 2014.

_____; OLIVEIRA, W. T. de. **Lei das armas de fogo**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume III**. 9ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Loyola, 1994.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal, volume VII: artigos 155 a 196**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a teoria da Katchanga**, 27 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646>>. Acesso em: 19 de maio de 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2011. v. 1.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O fundamento da existência do processo penal. Instrumentalidade garantista**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1060/o-fundamento-da-existencia-do-processo-penal#ixzz30qXyMO4p>>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

LUZ, Denise; JOBIM, Eduardo Schmidt. **Ônus da prova e o resgate da identidade do processo penal como distinto do processo civil**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/27.pdf>> Acesso em: 05 de maio de 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal anotado**. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 4ª. ed. Campinas: Millennium Editora, 2008.

RIBEIRO, Alexander Augusto. **Caso escola base: os abusos da imprensa**. São Paulo: Ática, 1995.

SANTOS, Juarez Cirino. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, George. **A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro**. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de (Org.). **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

SILVA, Marcos Fonseca da. **A pena:** dos primórdios a Beccaria. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3095> Acesso em: 08 de maio de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O direito AM-DM** (antes e depois do mensalão)... Disponível em <<http://www.adepolrj.com.br/Portal/Noticias.asp?id=12401>>. Acesso em 03 de julho de 2014.

_____. **Senso incomum.** Julia Roberts ou quando o Supremo Tribunal erra. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-25/senso-incomum-fator-julia-roberts-ou-quando-supremo-erra>>. Acesso em 03 de julho de 2014.

_____. **Senso incomum.** O caso dos devoradores de ovelhas e o ônus da prova. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-06/senso-incomum-devoradores-ovelhas-onus-prova>>. Acesso em 03 de julho de 2014

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** 8ª. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

VIEIRA, Carolina Luíza Sarkis. A consolidação do eficientismo no discurso jurídico-penal contemporâneo: o exemplo da Convenção de Viena. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 78, p. 29-35, abr./maio 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/Carolina_rev78.htm. Acesso em: 28 de abril de 2014.

WERMUTH, Maiquel Dezordi Ângelo. **A dimensão desumana do direito penal brasileiro contemporâneo:** a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares. 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33260/public/33260-42322-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 de maio de 2014.